

La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos

JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ Y
JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ¹

SUMARIO

Introducción: el paso de la obra pública a la infraestructura pública y el interés de inversión de los particulares. I. Las reglas fundamentales de la iniciativa privada en la formación de contratos de concesión de obra pública. A. Naturaleza y alcance de los documentos de iniciativa privada. B. Procedimiento administrativo para la presentación y estudio de la iniciativa privada. 1. Presentación de la iniciativa del particular del proyecto de concesión: el contenido específico de la oferta de iniciativa privada. a. La descripción de la obra. b. La prefactibilidad técnica de la obra. c. La prefactibilidad financiera de la obra. d. La evaluación del impacto ambiental de la obra. e. Otros elementos adicionales exigidos en el reglamento. 2. Estudio y análisis de la oferta de iniciativa privada por parte de la entidad estatal concedente: la determinación de la viabilidad de iniciar el procedimiento de selección y de celebrar el contrato. a. La determinación de la autoridad pública competente para tramitar el procedimiento. b. El problema de los términos: oportunidad para el trámite y definición del procedimiento ante la entidad estatal concedente. c. El estudio de la oferta de iniciativa privada por parte de la entidad. d. La decisión de la entidad estatal concedente frente a la oferta de iniciativa privada presentada. e. La publicidad de la documentación presentada por el oferente de iniciativa privada. 3. La planeación o preparación del procedimiento de selección y del contrato: la configuración definitiva de las características del proyecto y del

1 Jorge Santos Rodríguez: magíster en derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: jorgesantos@cablenet.co. Juan Carlos Expósito: doctor en derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: juan.expósito@uexternado.edu.co.

contenido y régimen del contrato. 4. Iniciación y trámite del procedimiento de selección: la selección definitiva del concesionario de obra pública. 5. La definición del procedimiento de selección y la situación jurídica del oferente de iniciativa privada. C. La posibilidad de vincular contratos de concesión existentes al proyecto de iniciativa privada. II. La iniciativa privada en otros contratos de concesión

RESUMEN

Teniendo en cuenta la renovada y creciente importancia que ha tomado la iniciativa del sector privado en el desarrollo de infraestructuras públicas y en la prestación de servicios públicos, especialmente por los incentivos que para el efecto ha creado el legislador, en este estudio se pretende abordar los diversos aspectos del novedoso régimen jurídico de la celebración de contratos de concesión como consecuencia de una idea o iniciativa del particular y no producto de la definición de la necesidad por parte de la administración, haciendo especial énfasis en los requisitos para la celebración de contratos de concesión de obra pública, pero sin olvidar la forma en que el mecanismo de la iniciativa privada se aplica al sector de los servicios públicos, cuando éstos requieren de un contrato de concesión para ser prestados.

Palabras claves: iniciativa privada, concesiones, infraestructuras públicas, servicios públicos

THE PRIVATE INITIATIVE IN PUBLIC INFRASTRUCTURE AND PUBLIC UTILITIES CONCESSIONS

ABSTRACT

Given the renewed and growing importance of the initiative of the private sector in developing public infrastructure and public utilities, especially as a consequence of the incentives created by the law, this study intends to address the various aspects of the new legal framework for the formation of concession contracts as a result of a particular initiative or idea and not as a product of the needs defined by the Administration, with a particular emphasis on the requirements for the formation of public works concessions, but without forgetting how the mechanism of private initiative applies to public utilities when they require a concession contract to be provided.

Keywords: private initiative, concessions, public infrastructure, public utilities

INTRODUCCIÓN: EL PASO DE LA OBRA PÚBLICA A LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y EL INTERÉS DE INVERSIÓN DE LOS PARTICULARES

Desde un punto de vista tradicional, en el derecho administrativo la obra pública ha sido definida por la doctrina como "el bien construido o realizado por el Estado, directa o indirectamente"², refiriéndose tanto a bienes del dominio público del Estado como a bienes de su dominio privado, y considerándose un auténtico servicio público a cargo del Estado³.

En estricto sentido, tradicionalmente se ha entendido que la obra pública se refiere exclusivamente a la construcción de bienes por parte del Estado. Sin embargo, se ha entendido, y así lo hace el ordenamiento jurídico colombiano, en los numerales 1 y 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993^[4], que el concepto de obra pública se encuentra relacionado con el de trabajos públicos que, desde un punto de vista amplio, comprende tanto la construcción de la obra como su mantenimiento, reparación o modificación, e inclusive cobija la destrucción de una cosa.

A lo anterior debe agregarse que, de conformidad con el artículo 3.º de la misma Ley 80 de 1993, la finalidad de la contratación estatal es la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos, por lo cual, para considerar como pública una obra, ella debe tener una vinculación con el servicio público, independientemente de que la ejecute la administración o un particular.

En consecuencia, a la luz de la ley colombiana, cuando se habla de obra pública debe entenderse que se está hablando de la construcción, mantenimiento, reparación, modificación o destrucción de un bien inmueble por parte del Estado, es decir, de la realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, siempre que dicha obra se encuentre vinculada al servicio público⁵.

2 MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, 4.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 516.

3 Cfr. JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*, 12.ª ed., Bogotá, Legis, 2004, p. 28.

4 El numeral 1 citado se refiere a los contratos de obra pública definiéndolos como aquellos cuyo objeto es "la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles". El numeral 4, en cambio, concierne a los contratos de concesión cuyo objeto es, según el texto mismo numeral, "la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio".

5 En este sentido, ENRIQUE SAYAGUÉS LASO. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4.ª ed., Montevideo, Barreiro y Ramos, 1974, pp. 87 y 88 señala que "para que exista una obra pública se requiere trabajo o labor de construcción, modificación, reparación o mantenimiento de un bien inmueble [...] supone, por tanto, la incorporación de algún elemento material al bien inmueble o su modificación".

A pesar del anterior concepto positivo de obra pública, que es tributario de las construcciones francesas más tradicionales sobre el trabajo público⁶, las mutaciones del derecho administrativo por cuenta de los fenómenos económicos que afectan al Estado han hecho desplazar el interés, tanto académico como legislativo, de las simples obras públicas a un concepto más omnicomprendensivo denominado *de las infraestructuras públicas*⁷.

En efecto, como consecuencia del fenómeno de la liberalización de los servicios públicos⁸, que en Colombia se ha producido por efectos de los mandatos del artículo 365 de la Constitución Política, muchas de las obras que se consideraban tradicionalmente como públicas han perdido su carácter de tal, por la *despublicatio* del servicio público al cual se encontraban vinculadas⁹.

Es el caso, por ejemplo, de las obras hidráulicas de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios que si bien se producen sobre bienes públicos, no son consideradas obras públicas como tales porque el servicio público al cual se encuentran vinculadas ya no corresponde exclusivamente al Estado sino que se encuentra liberalizado.

6 En el derecho francés, teniendo en cuenta la construcción de HENRY CAPITANT, se habla de una "doble noción de trabajo público", en el sentido de que dicha expresión, en ocasiones, no sólo es empleada para referirse a la operación de construcción, conservación, organización, etc. de una determinada obra, lo que evoca la idea de "trabajo", sino también para referirse a la obra misma. En este sentido amplio, la noción de "obra pública" formaría parte de la de "trabajo público". No obstante, en un sentido estricto, se entiende por trabajo público una operación material (construcción, reparación, transformación, mantenimiento, destrucción, etc.) ejecutada sobre un inmueble de utilidad común, por cuenta de una persona pública o por un particular en cumplimiento de una misión de servicio público: cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, JEAN CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET. *Traité de droit administratif*, t. 2, 9.^a ed., París, LGDJ, 1992, n.ºs 609 y ss., y RENÉ CHAPUS. *Droit administratif général*, t. 2, 15.^a ed., París, Montchrestien, 2001, n.ºs 663 y ss.

7 Cfr. JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. "Las infraestructuras públicas", en GASPARIÑO. *Principios de derecho público económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 639 y ss.

8 Sobre este concepto, cfr. ALBERTO MONTAÑA PLATA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 100: La liberalización o libre entrada comprende la posibilidad que tienen los distintos sujetos (el Estado, los particulares o las comunidades organizadas) "de desarrollar actividades de servicios públicos, o complementarias o conexas con ellos, sin la necesidad de autorizaciones o negocios jurídicos entre estos sujetos y la entidad responsable del servicio".

9 Sobre este concepto, cfr. JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ. "Nuevo sistema conceptual", en GASPARIÑO ORTIZ (coord.). *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 3, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid - Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 137 y ss.: La *despublicatio* se refiere a la "supresión de la titularidad exclusiva de los poderes públicos sobre un determinado tipo de actividad o de servicio, devolviéndolo en consecuencia al ámbito del ejercicio de la libertad de empresa, del derecho de propiedad y del conjunto de libertades económicas". Cfr. asimismo: HUGO PALACIOS MEJÍA. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, pp. 29 y ss.

No obstante lo anterior, esas obras, a pesar de dejar de ser estrictamente públicas, mantienen un especial interés para el Estado en la medida en que las actividades a las cuales se encuentran vinculadas, por mandato constitucional, son objeto de regulación, control y vigilancia por parte del Estado, en la medida en que ellas siguen siendo servicios públicos. Es decir, se trata de obras que conforman la infraestructura pública, a pesar de no ser obras públicas en estricto sentido, precisamente por estar vinculadas a la prestación de un servicio público.

A lo anterior debe agregarse que las exigencias de infraestructura de los estados modernos implican que las obras públicas, en su acepción simple y tradicional de derecho administrativo, no son suficientes para atender las necesidades públicas. Es así como no basta con los simples trabajos materiales sobre bienes inmuebles, sino que dichos trabajos deben estar acompañados de elementos intangibles, como son, entre otros, los servicios, de tal manera que cumplan con su finalidad de servicio público.

Además, debe tenerse en cuenta que no cualquier obra pública constituye o forma parte de una infraestructura pública. Para que obra pública e infraestructura pública puedan asemejarse, la obra pública debe ser o formar parte de una red, una organización necesaria para la prestación del servicio. De esta manera, no es posible imaginarse la existencia de una infraestructura sin hablar de red, pues esta es la manera en que se organiza la prestación adecuada del servicio público.

En resumen, el concepto de infraestructura pública rebasa y se distingue del tradicional concepto de obra pública ya que

Se admiten como infraestructuras elementos o instalaciones a veces inmateriales (lo cual es especialmente constatable en las infraestructuras de telecomunicaciones). Bajo esta perspectiva el concepto de infraestructura abarca más supuestos que el clásico de obra pública y, por tanto, es más amplio que éste.

Y viceversa: no se consideran infraestructuras las obras públicas no susceptibles de ser constituir una red o de ser elementos de una red (las cuales se encuadran en los conceptos de equipamiento o dotación pública). Bajo esta perspectiva, el concepto de infraestructura es más restrictivo que el de obra pública¹⁰.

Un ejemplo de los tipos de infraestructura que se han venido promoviendo es la de transporte, donde, por ejemplo, el servicio prestado en una carretera no se conforma únicamente de la construcción o el mantenimiento de una vía, sino que se prestan otros servicios adicionales a ella, como las grúas o los carotalleres, lo que da lugar a una verdadera prestación de un servicio público. En el mismo sector, algo similar ocurre en los aeropuertos, donde el

10 JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. "Las infraestructuras públicas", cit., p. 654.

concesionario no se limita a hacer mantenimiento de la pista y los equipos necesarios para la navegación aérea, así como de prestar los servicios de apoyo a dicha actividad, sino que se obliga a prestar otra clase de servicios adicionales como aquellos relacionados con la sanidad de los pasajeros o con orientación turística a quienes hacen uso de los terminales aéreos.

De acuerdo con lo expresado, el concepto de infraestructura pública hace referencia a la existencia de una red organizada para la prestación del servicio público, conformada tanto por obras públicas como por servicios materiales adicionales asociados a dichas obras y necesarios para una adecuada prestación del servicio público.

Esta idea de infraestructura pública hace que ellas caigan dentro del concepto de lo que la ciencia económica ha denominado tradicionalmente como bienes públicos o colectivos, los cuales se caracterizan porque "o no son suministrados por el mercado o, si lo son, la cantidad suministrada es insuficiente"; además, esta clase de bienes tiene como segunda característica que "en general es difícil o imposible impedir que se disfruten"¹¹. En efecto, una red de carreteras, un aeropuerto, el transporte masivo de una ciudad, un puerto marítimo, etc. no son fácilmente provistos directamente por el mercado, pero no por ello los que se encuentran disponibles se encuentran limitados en su uso, sino que es posible que cualquiera los utilice, siempre que cumpla con las reglamentaciones legales sobre el particular.

Esta falta de iniciativa del mercado para la provisión de bienes públicos o colectivos y, por lo mismo, para la provisión de infraestructuras públicas normalmente se origina en su alto costo o en las bajas probabilidades del retorno de la inversión, por lo cual debe ser el Estado el que tenga que promoverlos, pues aunque se presentan dificultades económicas en su provisión, éstos son necesarios para el adecuado funcionamiento de la sociedad y de la economía, lo cual resulta ser un fin para el cual se encuentra instituido el Estado. En ese orden de ideas, lo que normalmente debería ocurrir con las infraestructuras públicas es que sea el Estado, bajo su iniciativa, el que los provea, es decir, que no haya una clara iniciativa particular en la provisión de infraestructuras públicas.

Además de lo anterior, debe resaltarse que como consecuencia del incremento en el comercio internacional y la consolidación de una economía globalizada a todo nivel, la necesidad y el interés de los estados por el desarrollo adecuado de su propia infraestructura, en especial de transporte, se han acrecentado en los últimos tiempos, pues de otra manera, esto es, sin una buena infraestruc-

11 JOSEPH E. STIGLITZ. *La economía del sector público*, traducción de la 2.^a ed. estadounidense, Barcelona, Bosch, 1988, p. 78, quien cita como ejemplo más claro de esta clase de bienes a aquellos relacionados con la seguridad o defensa pública, como puede ser un faro o una boya en el mar, los cuales deben ser provistos por el Estado ya que el mercado difícilmente los proveerá.

tura de este tipo, no pueden hacer frente los estados a las exigencias que los cambios en la economía mundial imponen.

Dentro de ese contexto de acrecentamiento del interés de los estados por el desarrollo de la infraestructura de transporte, ha resurgido a la par el interés de los particulares por invertir en esa infraestructura, en la medida en que dichas inversiones comenzaron a ser rentables de nuevo, no sólo por la magnitud de los proyectos –que rebasan las simples obras públicas de proyectos pequeños– sino por las condiciones ofrecidas por los estados para el efecto, que incluyen garantías comerciales, estímulos tributarios y otra clase de condiciones que incentivan la inversión privada.

De forma complementaria a lo expuesto, la crisis en los presupuestos de inversión de los estados y al mismo tiempo la manifiesta necesidad de desarrollar nuevas y mejores infraestructuras para que las economías continuaran siendo competitivas ha fomentado el interés actual sobre las concesiones y sobre los diversos mecanismos en los cuales los particulares sean quienes tengan el interés y la responsabilidad en el desarrollo de nuevas infraestructuras o de mejoramiento de las existentes¹².

A esto se ha sumado la idea de la liberalización de los servicios públicos mencionada atrás, en la cual el Estado ha dejado de ser el titular monopólico de ellos, permitiendo una activa intervención de los particulares en este sentido, alejando el concepto del servicio público de la estricta titularidad pública y acercándolo a la idea de un negocio como iniciativa privada y, de la misma manera, el de infraestructura pública de la idea de dominio público¹³.

Además de lo anterior, el interés de los particulares en la inversión en infraestructura de transporte se debe a que ha habido una permanente promoción internacional al mejoramiento de las condiciones que los estados ofrecen para recibir la inversión, por una parte, y, por otra, a una cierta presión ejercida por diversos organismos internacionales económica y políticamente muy representativos –como la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial,

12 Al respecto, la "Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario – 2000/C 121/02, de 24.4.2000" señala lo siguiente: "1. Las concesiones constituyen un instrumento que algunos Estados miembros utilizan desde hace tiempo, en particular para realizar y financiar grandes obras de infraestructura, como las redes ferroviarias o una parte importante de las redes de carreteras. La participación del sector privado se ha ido reduciendo a partir del primer cuarto del siglo XX, al favorecer los Estados la realización y la gestión directa de los equipamientos y de los servicios prestados al público. 2. Con las restricciones presupuestarias, la voluntad de limitar la intervención de los poderes públicos y de hacer que el sector público se beneficie de la experiencia y de los métodos del sector privado, la concesión ha experimentado un resurgimiento en los últimos años".

13 Sobre el concepto de infraestructura pública como una red de bienes y servicios en la cual no es indispensable el dominio público y aún de la noción tradicional de servicio público como monopolio del Estado, véase a FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID. *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, Montecorvo, 1998, pp. 297 y ss.

la Organización de Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Unión Europea, entre otros— precisamente para que los estados no se hagan cargo de esas inversiones sino para que lo hagan los particulares, con lo que se busca una mejor eficiencia en la inversión de los recursos asignados a los proyectos¹⁴.

Por ejemplo, en la comunicación del 15 de noviembre de 2005 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre colaboración público-privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones —"COM (2005) 569, de 15.11.2005"—, dicha comisión plantea la necesidad de que exista un cierto incentivo a la colaboración de los particulares con las autoridades públicas en el desarrollo de la infraestructura pública, en los siguientes términos:

Las autoridades públicas a todos los niveles están cada vez más interesadas en cooperar con el sector privado a la hora de garantizar el suministro de una infraestructura o la prestación de un servicio. El interés en dicha cooperación, generalmente denominada colaboración público-privada (CPP), se debe en parte a los beneficios que dichas autoridades podrían obtener de los conocimientos y experiencia del sector privado —en particular, en términos de eficiencia—, y en parte a las restricciones del presupuesto público.

Dentro de ese marco de incentivo permanente a la inversión privada en la infraestructura pública, los particulares no se han quedado simplemente con la posibilidad de invertir en los proyectos originados en la iniciativa del Estado, sino que han ido más allá y han empezado a buscar nuevas oportunidades de negocio, mediante la formulación de planes al Estado para el desarrollo de nuevas infraestructuras públicas o de mejoramiento de infraestructuras existentes y obsoletas; es decir, el sector privado ya no sólo quiere invertir en proyectos de iniciativa y origen estrictamente público, sino que pretende invertir en proyectos estructurados por el mismo sector privado que sean también de interés para el Estado.

Frente a esta situación, los diversos ordenamientos jurídicos han desarrollado diferentes clases de mecanismos para incentivar y proteger la iniciativa privada en infraestructura pública, especialmente en proyectos en los cuales la financiación provenga también del sector privado. Esta situación se ha visto particularmente privilegiada en América Latina, donde se ha aprobado diversas leyes que autorizan expresamente que sean los particulares quienes tengan la iniciativa de celebrar un contrato de concesión para el desarrollo de una infraestructura, como lo ha reconocido la doctrina:

14 Cfr. ANABELÉN CASARES MARCOS. *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Madrid, Montecorvo, 2007, pp. 163 y ss

Dentro de ese marco, si bien se ha institucionalizado en la mayoría de países la progresiva asunción en la gestión privada en la realización, ejecución y financiación de infraestructura o servicios públicos, lo realmente novedoso en América Latina es que el ordenamiento jurídico permita al impulso privado a ingresar a la fase de planificación de proyectos públicos y le permita tener tratativas preliminares con la Administración de cara a un posible proyecto de inversión. De este modo, la participación privada adopta un papel trascendente ya no solo en la gestión misma de los servicios públicos o en la dotación de infraestructura pública, sino en la propia identificación de los proyectos, mediante su iniciativa¹⁵.

En sentido similar, la doctrina argentina ha expresado que cuando se habla de iniciativa privada "ya no es la Administración la que define las reglas y cualidades que la obra o el servicio han de tener, sino que serán los eventuales oferentes quienes elaboren el modelo de concesión que pretenden encarar integralmente considerado, es decir, desde los puntos de vista técnico, económico, financiero y jurídico"¹⁶.

Es decir, se empiezan a abrir las puertas para que los particulares participen en la etapa de preparación y planificación de los contratos de la administración pública, mediante la presentación de proyectos que ayudan a ésta en la adopción de la decisión de celebrar o no el contrato de concesión, así como para determinar el tipo contractual aplicable para la solución de una determinada necesidad pública. En este sentido, podemos afirmar que las modernas tendencias de la contratación pública han hecho que esa idea de mediados del siglo XX de que el particular es un colaborador de la administración en la actividad contractual se ha ampliado y ya no sólo es válida frente a la ejecución del contrato, sino que se extiende a la planificación de éste en cuanto al auxilio en la determinación de las necesidades y de los tipos contractuales aplicables.

Visto el concepto de infraestructura pública como una evolución del simple y tradicional concepto de obra pública y la explicación de algunas razones por las cuales la infraestructura en general y de transporte en particular ha tenido una importante acogida en el sector privado, ahora sí procederemos a analizar los distintos mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico colombiano para que los particulares tengan la iniciativa en el desarrollo de nuevas infraestructuras

15 JUAN CARLOS MORÓN URBINA. "La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: nueva perspectiva de la relación público-privada y la revisión de la noción de interés público", en *VIII Jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 2. Cfr. asimismo: MORÓN URBINA. "Las concesiones de infraestructura a iniciativa del inversionista", en *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, n.º 2-2007, Lima, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo y Grijey, 2007, p. 150.

16 EDUARDO MERTEHIKIAN. *La iniciativa privada en la concesión de obra y servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, p. 109.

públicas o en el mejoramiento de las existentes, haciendo especial énfasis en la concesión de obra pública, habida cuenta de la regulación positiva existente sobre el particular, sin perjuicio de realizar algunas referencias al ordenamiento comparado que pueden ser útiles para comprender mejor las figuras.

I. LAS REGLAS FUNDAMENTALES DE LA INICIATIVA PRIVADA EN LA FORMACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Uno de los contratos que mejor reflejan tradicionalmente y en la actualidad el desarrollo de infraestructuras públicas es precisamente el de concesión de obra pública, en la medida en que el objeto de dichos contratos de concesión normalmente rebasa la simple ejecución de una obra pública o, incluso, de un trabajo público e integra elementos necesarios para la prestación del servicio público vinculado a ella¹⁷.

Es así como conforme al –varias veces repetido en esta obra– numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993,

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias

17 Sobre la importancia histórica y la aún mayor importancia actual de las concesiones de obra pública como modo de gestión de la administración pública, cfr. ALBERTO RUIZ OJEDA. *La concesión de obra pública*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 31 y ss., quien señala que la concesión de obra pública ha sido históricamente fundamental pues ha sido la base de muchas figuras del derecho administrativo, incluyendo a las grandes empresas públicas que fueron originalmente empresas concesionarias privadas y a muchas de las figuras tributarias que se aplican en la actualidad que fueron concebidas como tarifas o cánones concesionales; pero además, resalta que en la actualidad la figura de la concesión de obra pública es quizás uno de los mecanismos que de forma más eficiente permite la vinculación del capital privado al desarrollo de infraestructuras públicas. Concluye el citado autor que la concesión de obra pública “no sólo, como lo dice MATÉS, es un ‘proceso de ida y vuelta’, sino que es una institución reversible y contorcionable, porque admite ser empleada en sus dos caras y con una asombrosa capacidad de modulación de sus elementos constitutivos”. Sobre esta trascendencia histórica e importancia actual, cfr. asimismo: PABLO MENÉNDEZ y RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO. “Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública”, en AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ. *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 29 y ss., quienes resaltan que las regulaciones modernas sobre las concesiones de obra pública, en especial aquellas del país ibérico, no son nada distinto que una “vuelta a los orígenes” de esta figura que se encuadra en la médula del derecho administrativo, como lo había propugnada la doctrina administrativista en las dos últimas décadas.

para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Esta definición legal muestra que el concepto de concesión de obra pública en el derecho positivo colombiano rebasa la simple ejecución de trabajos materiales, para incluir, además de dichos trabajos, la explotación del bien destinado al servicio público, es decir, la prestación del servicio público al cual se encuentra destinado este bien, pudiendo ser clasificada fácilmente como un modo de gestión de infraestructuras públicas, teniendo en cuenta el concepto expuesto en la introducción.

Precisamente por lo anterior, contratos de concesión que han sido catalogados por la jurisprudencia arbitral como una auténtica concesión de obra pública, tales como los de carreteras¹⁸, puertos marítimos¹⁹, aeropuertos²⁰ o parqueaderos²¹, incluyen dentro de las obligaciones a cargo del concesionario, además de la ejecución de los trabajos materiales propios de una obra pública o de un trabajo público, la prestación de servicios materiales (esto es, obligaciones intangibles tales como la disponibilidad de grúas, carrotalleres, ambulancias, áreas de descanso o servicios de asistencia médica) para lograr que el servicio público vinculado a la obra sea prestado de una manera eficiente.

Con base en lo expresado y a partir de una atenta observación de la realidad normativa y práctica de las concesiones de obra pública, puede llegar a afirmarse válidamente que en el derecho administrativo colombiano muchos de estos contratos de concesión son auténticas maneras de explotación de infraestructuras públicas, de tal manera que sobre ellos recaen los fenómenos mundiales mencionados en el sentido de que se presentan incentivos para su desarrollo.

Dentro del anterior contexto, en el parágrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al regularse la iniciativa privada en los contratos de concesión de obra pública aparece la primera forma de iniciativa privada en materia de infraestructura pública reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico

18 Cfr. Tribunal de Arbitramento de *Concesión Santa Marta Paraguachón* contra *Instituto Nacional de Vías*. Laudo del 24 de agosto de 2001.

19 Cfr. Tribunal de Arbitramento de *Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S. A.* contra *Superintendencia General de Puertos*. Laudo del 9 de abril de 2003.

20 Cfr. Tribunal de Arbitramento de *Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil* contra *Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado*. Laudo del 21 de noviembre de 2006.

21 Cfr. Tribunal de Arbitramento de *World Parking* contra *Instituto de Desarrollo Urbano*. Laudo del 25 de agosto de 2000.

positivo, y no como ocurre con las demás que se derivan de otras disposiciones normativas y de su interpretación.

El mencionado parágrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone literalmente lo siguiente:

Parágrafo 2º. Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de ella la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2º y 3º del artículo 30 de esta ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.

De la disposición legal transcrita se advierte que el régimen de contratación estatal colombiano, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, expresamente permite la iniciativa privada para la celebración de contratos de concesión de obra pública en el sentido de que sea el particular quien ponga en funcionamiento el aparato estatal a fin de que se entregue en concesión determinada obra pública, es decir, que tenga la iniciativa para que cierta obra pública sea entregada en concesión para su construcción, mantenimiento y explotación.

Además, de acuerdo con la posibilidad abierta por la norma legal citada, y concordante con la referida tendencia mundial de promover la presentación de proyectos de iniciativa privada con un trámite ágil y expedito que las favorezca, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 4533 de fecha 28 de noviembre de 2008, "por el cual se reglamentan las iniciativas privadas de que trata el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993", norma en la cual se reglamentan de manera precisa los diversos detalles sustanciales y procedimentales que deben tomarse en consideración para efectos de que el particular pueda tener la iniciativa en el otorgamiento en concesión de una obra pública o de una infraestructura pública.

Revisando en conjunto el parágrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y su norma reglamentaria, Decreto 4533 de 2008, podemos afirmar sin dudas que en el derecho positivo colombiano existe un procedimiento administrativo

especial claramente establecido para el trámite de las iniciativas de aquellos interesados en la presentación de proyectos para la construcción, mantenimiento y operación de obras públicas por el sistema de concesión.

Este procedimiento administrativo especial es el que se analiza en este aparte, no sin antes comprender la naturaleza y el alcance de los documentos de iniciativa presentados por los particulares a consideración de la administración pública que será la concedente.

Ahora bien: antes de realizar este análisis debe señalarse que en relación con el parágrafo 2.º del artículo 32 transcrito atrás, se planteó ante la Corte Constitucional el siguiente problema jurídico: ¿La autorización a los interesados a fin de que presenten ofertas para celebrar contratos de concesión de obra pública implica un trato discriminatorio para los proponentes de otros contratos?

La Corte Constitucional respondió que sin dificultad puede concluirse que el procedimiento de iniciativa privada de contratos de concesión de obra pública no vulnera, desde ningún punto de vista, el sistema constitucional de contratación estatal.

Para el efecto, la Corte expresó que la posibilidad que consagra la ley encuentra su razón de ser en la importante función que tiene la contratación estatal en el Estado social de derecho como mecanismo de gestión de la administración pública, especialmente los contratos de obra pública que "se concreta en la realización de importantes proyectos o macroproyectos de infraestructura que son sufragados con cuantiosas sumas de dinero provenientes del tesoro público". A continuación señaló:

Esta incidencia social del contrato de obra pública determina que en esta clase contratos exista un mayor compromiso del interés general que el comúnmente involucrado en los demás contratos estatales, razón por la cual la ley de contratación con acierto ha considerado que en estos eventos no es necesario esperar a que la administración haga la invitación correspondiente ordenando la apertura de la licitación, y por ello autoriza a los interesados para que activen la gestión contractual mediante la presentación de las ofertas para celebrar contratos de concesión de obra pública.

Repárese, en este sentido, que al fin y al cabo los particulares que tienen la expectativa de celebrar contratos con el Estado no sólo están animados por el deseo de obtener utilidades, sino principalmente obran con la conciencia de que cumplen una función social que implica obligaciones y colaboran efectivamente con el Estado en el logro de los fines para los cuales fue constituido (artículo 3º de la Ley 80 de 1993).

Lo anterior no significa que se esté obviando el procedimiento ordinario de selección objetiva, como lo considera equivocadamente el actor, pues el parágrafo impugnado dispone con claridad meridiana que presentada la oferta la entidad

estatal destinataria de ella debe estudiarla en el término máximo de los tres meses siguientes y si encuentra que el proyecto no es viable debe comunicar tal decisión mediante resolución motivada. En caso contrario, debe expedir una resolución de apertura de la licitación "previo el cumplimiento de lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo esta ley" que se refieren a la elaboración del pliego de condiciones y a los avisos de apertura de la licitación, respectivamente.

Además, cuando se presentan propuestas alternativas también se aplica el procedimiento de selección objetiva previsto en la citada norma, y sólo en caso de que dentro del plazo de la licitación no se presenten estas propuestas se autoriza la adjudicación del contrato al oferente inicial, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

Así, pues, la finalidad de la medida censurada no es otra que propiciar la vinculación de la ciudadanía en el impulso de las decisiones administrativas relacionadas con la ejecución de las grandes obras destinadas al servicio o uso público, propósito que es congruente con los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen la función administrativa, conforme a lo previsto en el artículo 209 de la Carta Política²².

Precisada la constitucionalidad de la posibilidad de presentación de ofertas de iniciativa privada en los contratos de concesión de obra pública, conviene ahora sí analizar los diferentes aspectos particulares que la regulación vigente consagra para el desarrollo de la posibilidad expuesta.

A. NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS DOCUMENTOS DE INICIATIVA PRIVADA

Como claramente se desprende de lo expresado hasta ahora, en el derecho colombiano los particulares tienen la posibilidad de presentar documentos a la administración en los cuales manifiesten su intención de que se otorgue en concesión una infraestructura pública. Se afirma que se trata de la presentación de documentos, toda vez que este mecanismo instrumental resulta ser el más común y el de mayor facilidad para la comunicación fluida entre autoridades públicas y particulares.

Ahora bien: desde un punto de vista más estricto y con base en la normatividad vigente, debe señalarse que, según la mencionada norma reglamentaria, el mecanismo idóneo para la presentación de una iniciativa privada en materia de concesión de obra pública es la denominada "oferta de iniciativa privada", concepto que utilizaremos en este estudio para referirnos al documento presentado por particular a fin de que la administración inicie el procedimiento

22 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001 (MP: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ).

de selección correspondiente tendiente a la escogencia del concesionario de obra pública del proyecto planteado por el particular.

Esta oferta de iniciativa privada consiste, según el artículo 1.º del Decreto 4533 de 2008, en

[...] proyectos presentados por personas naturales o jurídicas, consorcios, uniones temporales, promesas de sociedad futura, o cualquier otra modalidad de asociación prevista en la ley, a una entidad estatal concedente para el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de una obra pública a través de un contrato de concesión.

En otras palabras y atendiendo a la definición normativa citada, podemos afirmar que la oferta de iniciativa privada es el documento presentado por el particular con capacidad de contratación a la autoridad pública concedente que contiene un proyecto específico de ejecución de una obra pública y del servicio público asociado a ella por el mecanismo de la concesión.

Sobre la eficacia jurídica de la oferta de iniciativa privada, debe tomarse en consideración que según lo dispuesto por el artículo 3.º de la norma reglamentaria, a pesar de que el concepto normativo incluya la palabra "oferta", dicha circunstancia no permite asimilar la oferta de iniciativa privada de un contrato de concesión de obra pública con una oferta mercantil a la que hace referencia el artículo 845 del Código de Comercio como instrumento previo a la formación del contrato. Para evitar esta clase de confusiones, otros ordenamientos hablan de propuesta o simplemente de "iniciativa privada".

Al margen de esa inquietud de vocabulario, debe señalarse que la diferencia entre las dos figuras normativas salta a la vista, pues la aceptación de la oferta de iniciativa privada por parte de la administración no da lugar a la formación del contrato de concesión, como ocurriría con una oferta mercantil. Por el contrario, cuando la administración recibe la oferta de iniciativa privada lo hace no para formar un contrato, sino para analizarla y, en caso de encontrarla viable, abrir un procedimiento administrativo de licitación pública o cualquier otra modalidad de selección de contratistas, como resultado de la cual se seleccionará al concesionario.

Al respecto, con absoluta razón la doctrina ha expresado que la oferta de iniciativa privada constituye una modalidad de negociación previa y se ubica en la fase de las tratativas preliminares a la celebración del contrato de concesión, que no busca la celebración inmediata del contrato sino la identificación de un proyecto de inversión privada en bienes, actividad o servicios de los cuales es titular el Estado, por lo cual a ella no se le aplican las reglas de la oferta mercantil y, por lo mismo, permite el retracto sin consecuencias en materia de responsabilidad o la eliminación unilateral de la voluntad de continuar con el trámite de la celebración del contrato. Es por eso por lo que se admite que el oferente de iniciativa privada no se presente al procedimiento de selección

del concesionario y que la administración pueda optar válidamente por no acudir a su celebración.

En particular ha expresado la doctrina:

Lo importante es denotar, que fiel a la naturaleza de tratativa preliminar, las declaraciones que se producen en este momento, no son compromisos definitivos en lo referido al procedimiento a seguirse o al contrato que se pueda celebrar, ya que las partes (iniciador y autoridad) mantienen la libertad para seguir configurando el objeto de la iniciativa, su contenido, las declaraciones y condiciones, e incluso con la posibilidad de cancelar las tratativas sin responsabilidad. Las declaraciones producidas en esta etapa son solo prolegómenos a una eventual y mediata concertación, que bien puede no producirse, ya que el procedimiento puede quedar frustrado en forma unilateral. Pero de concertarse el negocio, las tratativas preliminares que consisten en el procedimiento de la iniciativa adquieren trascendencia para explicar su contenido e interpretar su alcance²³.

En concordancia con lo anterior, debe señalarse que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, en la contratación estatal la única oferta que se asemeja a la oferta mercantil a la que se refiere el artículo 845 del Código de Comercio es la propuesta presentada por los interesados dentro de un procedimiento de selección de contratistas de convocatoria pública, como puede ser una licitación pública, un concurso de méritos o una selección abreviada. A ese respecto, no puede perderse de vista que, como lo tiene entendido la jurisprudencia, la oferta presentada a la administración dentro de la licitación pública o cualquier otro de naturaleza concursal es un negocio jurídico unilateral de carácter recepticio, que vincula tanto al oferente (posteriormente contratista y en este proceso convocante), como a la administración, una vez ésta la acepta mediante el acto administrativo de adjudicación²⁴.

23 MORÓN URBINA. "La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: nueva perspectiva de la relación público-privada y la revisión de la noción de interés público", cit., p. 8.

24 Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 12 de abril de 1999, expediente 11.344 (CP: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ): "[...] que la oferta, es una expresión de negocio jurídico unilateral, cuyo carácter recepticio, le imprime un carácter obligatorio, queriendo significar con lo anterior que, quien oferta, deviene obligado a mantener su promesa de negocio futuro. Así las cosas, es indispensable reparar en que, del contenido del negocio de oferta de contrato surge la promesa obligatoria, para el proponente, de que, en llegando a ser adjudicatario del negocio futuro o definitivo, deberá ajustar su conducta al contenido negocial de la oferta, que las más de las veces se concreta en el negocio definitivo. Así las cosas, cuando los oferentes dentro del proceso de licitación pública, v. gr. ofertan y prometen un determinado contenido negocial [...] quedan obligados, caso de ser adjudicatarios, a cumplir, llegado el plazo o verificada la condición a la cual esté sujeta tal prestación, con lo prometido, como que en tal eventualidad dicha prestación adquiere carácter de exigibilidad". Cfr. también: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo

En últimas, puede concluirse que la oferta de iniciativa privada, como documento en el cual el particular con capacidad de contratación le plantea a la autoridad pública concedente un proyecto de concesión de obra pública, parece no tener jurídicamente un alcance distinto del de un derecho de petición de interés general, esto es, de ser una mera petición respetuosa a la administración para que adopte una medida de alcance e interés general como es abrir un procedimiento de selección para escoger a un concesionario de obra pública.

No obstante, debe señalarse que tomando en consideración las reglas del procedimiento que se deriva de la norma mencionada de la Ley 80 de 1993 y de su decreto reglamentario, el alcance jurídico de la oferta de iniciativa privada es un poco mayor que el del derecho de petición de interés general, pues la respuesta que debe dar la administración a la solicitud presentada por el particular con capacidad de contratación tendrá que estar motivada sea para desestimar el proyecto sea para iniciar el procedimiento de selección y, además, de una u otra manera, el particular resulta parcialmente vinculado con su oferta porque quien presenta la oferta de iniciativa privada debe ser el mismo que presenta la propuesta en el procedimiento de selección y, además, porque eventualmente podrá responder por los estudios, diseños y demás documentos que entrega para la evaluación de la administración.

B. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PRESENTACIÓN Y ESTUDIO DE LA INICIATIVA PRIVADA

Como lo expresamos atrás, del parágrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y su norma reglamentaria, Decreto 4533 de 2008, se deriva la existencia de un procedimiento administrativo especial tendiente a regular el trámite de la presentación de peticiones por parte del particular y la respuesta que deba dar la administración a dicha petición.

Dicho procedimiento administrativo especial se rige por las siguientes reglas:

de 2001, expediente 13.415 (CP: RICARDO HOYOS DUQUE); CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2005, radicación 1.732 (CP: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO); Tribunal de Arbitramento de *Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil* contra *Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S. A.* – CODAD. Laudo del 21 de noviembre de 2006, y Tribunal de Arbitramento de *Sociedad de Apuestas Permanentes e Inversiones S. A.* contra *Lotería de Bogotá*. Laudo del 6 de diciembre de 2005: "Como se puede observar, la oferta presentada por la Sociedad Convocante, además de ser absolutamente clara, corresponde cabalmente a las exigencias del Pliego de Condiciones que sirvió de fundamento a la licitación. Ahora bien, para el Tribunal no cabe la menor duda que cuando Sonapi presentó su oferta en los estrictos términos del reglamento del contrato, era consciente como cualquier oferente, del carácter obligacional que tiene tal acto, habida cuenta que el adjudicatario tiene la obligación de cumplir en oportunidad con lo prometido".

1. Presentación de la iniciativa del particular del proyecto de concesión: el contenido específico de la oferta de iniciativa privada

La persona, natural o jurídica, interesada en que se otorgue una concesión de obra pública se encuentra autorizada por las normas para presentar un proyecto de concesión denominado como oferta de iniciativa privada para el estudio por parte de la entidad estatal que será la concedente.

El proyecto de concesión u oferta de iniciativa privada constituye un auténtico plan de negocios. Según el párrafo 2.º tantas veces mencionado, cuatro son los elementos mínimos que debe contener el proyecto: la descripción de la obra, la prefactibilidad técnica, la prefactibilidad financiera y el estudio de impacto ambiental²⁵.

No obstante, debe hacerse notar que en supuesto desarrollo de esos elementos mínimos mencionados en la norma legal, el artículo 4.º del Decreto 4533 de 2008 agregó varios requisitos que, para su análisis más preciso, serán incluidos dentro de los elementos mínimos señalados atrás (descripción de la obra, prefactibilidad técnica, prefactibilidad financiera y estudio de impacto ambiental), dejando en todo caso un espacio aparte para aquellos novedosos que encontró necesario incluir el Gobierno Nacional.

De esta manera, la oferta de iniciativa privada o proyecto de concesión debe contener, como mínimo, los requisitos que más adelante se indican, obviamente sin perjuicio de que el oferente de iniciativa privada decida incluir otros que considere necesarios para explicar y justificar de mejor manera el proyecto presentado a fin de que sea considerado por la administración, como podría ser la justificación política y administrativa de la necesidad de construcción de una nueva obra o de modernización de una obra, pues, como lo ha señalado la doctrina, que aunque se refiere a la ley española derogada sus reflexiones mantienen vigencia pues los textos de las normas vigentes son muy similares, "es evidente que la obra ha de responder a un objetivo que explique y fundamente la pertinencia de ejecución. En consecuencia, el estudio de viabilidad debe contener una presentación adecuada de la obra para hacerla deseable o aceptable"²⁶.

25 Al respecto, debe señalarse que en ordenamientos jurídicos comparados las exigencias legales también suelen ser muy genéricas: por ejemplo en el derecho venezolano, el artículo 17 del Decreto 318 de 1999 señala que las propuestas de iniciativa privada deberán contener: "a) La descripción general del proyecto; b) Estudios de prefactibilidad técnica y financiera, así como la indicación de los beneficios sociales esperados, y c) La evaluación del impacto ambiental de la obra a ejecutarse".

26 FRANCISCO ALONSO COLOMER. "Actuaciones previas (arts. 22, 227 a 234, disposiciones adicionales 4.ª a 7.ª) y adjudicación del contrato (art. 235)", en AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ. *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública*, Madrid, Civitas, 2003, p. 143.

En este punto, no debe olvidarse que el proyecto presentado por el particular a consideración de la administración debe constituir un auténtico plan de negocios. Por esta razón, al margen de las exigencias de la norma reglamentaria, la oferta de iniciativa privada debe contener, entre otros, 1. la descripción precisa del producto o servicio ofrecido (los detalles más importantes de la obra que se plantea que se entregue en concesión); 2. los detalles técnicos más relevantes que sean necesarios para entender el verdadero alcance del proyecto y las posibilidades fácticas reales de llevarlo a la práctica; 3. el análisis de mercado de las posibilidades de ejecución de los trabajos y de explotación de la obra; 4. el plan de *marketing* como instrumento para facilitar el ofrecimiento del proyecto ante la administración y de la obra ante los eventuales usuarios; 5. el cronograma que ejecución del proyecto que debe incluir las fases que permitan la obtención de los resultados esperados; 6. los tiempos estimados de duración de cada una de las fases, en particular, la duración de la fase de explotación de la obra necesaria para obtener los ingresos esperados por el eventual concesionario; 7. el esquema para la financiación de todos los trabajos que será necesario ejecutar; 8. las dificultades técnicas, económicas, financieras, jurídicas y de mercado que puedan llegar a presentarse en la ejecución del proyecto; y 9. los requisitos jurídicos que deben cumplirse para efectos de llevar a la práctica la concesión.

Así mismo, debe tomarse en consideración que por fuera de los requisitos que enunciaremos aquí es perfectamente posible que la administración exija la información y documentación adicional que considera pertinente para la realizar el estudio y evaluación de la oferta de iniciativa privada presentada a su consideración o, como lo ha expresado la doctrina española, que la enumeración de los requisitos que una norma de estas características señale "no excluye en ningún caso que la administración concedente complete dicho repertorio con algún otro que considere, atendiendo a las circunstancias concurrentes, necesario o conveniente para pronunciarse con mejor conocimiento de causa sobre la viabilidad de la concesión"²⁷.

En todo caso, la doctrina ha señalado las siguientes pautas para determinar cuál es la información más relevante que debe ser entregada a la administración:

La información a requerirse al iniciador, [sic] no podrá ser de absoluto detalle, ya que como no estamos en el proceso de selección, ni su oferta equivale a una oferta, debe poder reservar algunos datos estratégicos que le permitan participar eficientemente en el proceso competitivo verdadero.

27 *Ibíd.*, p. 146.

La información debe ser suficiente y veraz, acorde con los principios de publicidad, igualdad y transparencia que rigen las relaciones entre la Administración y los administrados.

La Administración siempre tiene la posibilidad de requerir información suficiente al iniciador acerca de la viabilidad técnica, social, económica y jurídica del proyecto, pedirle las aclaraciones, ampliaciones o correcciones que sea menester al proyecto²⁸.

En ese orden de ideas, los requisitos mínimos esenciales que debe cumplir la oferta de iniciativa privada pueden ser resumidos en los siguientes²⁹:

28 MORÓN URBINA. "La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: nueva perspectiva de la relación público-privada y la revisión de la noción de interés público", cit., p. 21. En sentido similar, cfr. JUAN CARLOS GOYCOCHEA. *Iniciativa privada. Concurso integral de proyectos*, Córdoba, Advocatus, 1999, pp. 87 y ss.

29 En el derecho español, los artículos 112.2 y 112.5 de la Ley 30 de 2007, sobre contratos del sector público, señalan que la iniciativa privada debe contar con un estudio de viabilidad que deberá contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes: "a) Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales; b) Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión; c) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico; d) Estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias; e) Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado; f) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra; g) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta, y h) Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción". Por su parte, en el derecho peruano, el artículo 14.2 del Decreto Supremo n.º 015-2004-PCM, modificado por el artículo 1.º del Decreto Supremo n.º 013-2007-PCM, señala que en las iniciativas privadas deberá identificarse el proyecto de inversión y sus lineamientos generales, incluyendo la descripción de la obra o el servicio público que pretende explotar, las bases de su factibilidad técnica y las posibles fuentes de financiamiento del proyecto, de tal manera que el contenido mínimo de la oferta es el siguiente: "a) Nombre o razón social del solicitante con indicación de sus generales de ley; b) Propuesta de modalidad de participación de la inversión privada a través del cual se llevará a cabo el proceso de promoción de la inversión privada; c) Descripción del proyecto, incluyéndose: (i) Nombre y tipo del proyecto, con indicación del activo, empresa, servicio, obra pública de infraestructura y de servicios públicos del Estado sobre el cual se desarrollará el proyecto, así como referencias sobre el ente o nivel de gobierno titular o la situación legal de los mismos; (ii) Objetivos; (iii) Beneficios concretos que la ejecución del proyecto reportará para la localidad donde sea ejecutado y, de resultar aplicable por el tipo de proyecto; (iv) Ingeniería preliminar del proyecto, en el que de acuerdo a las características del mismo, se incluya la información técnica necesaria, referida a la iniciativa privada presentada; d) Ámbito de influencia del Proyecto; (v) Razones por las cuales se escoge el

a. La descripción de la obra

Este primer elemento consiste en la descripción precisa y detallada de la obra que se pretende que se sea entregada en concesión, la cual debe incluir la información exacta para determinar de qué se trata el proyecto de negocio que se propone. Por ejemplo, si se trata de un proyecto de infraestructura vial, debe señalarse la localización de la carretera; si se trata de la construcción de una nueva vía o de la rehabilitación, la ampliación, el mantenimiento o la adecuación de una vía existente en el pasado, el tipo de mejoramiento que se hará a la vía, las obras que se incluyen en el alcance básico del proyecto, etc. A su vez, si se tratara de un proyecto de aeropuerto nuevo, deberán señalarse las coordenadas precisas del aeródromo que sea de construir, el número y la longitud de las pistas, la tecnología de control aéreo que se utilizaría, las características generales de los terminales aéreos, etc.

Frente a este punto, es preciso resaltar que el Decreto 4533 de 2008 definió como elementos necesarios para la descripción de la obra los siguientes:

- *La relación y descripción de las obras e infraestructura por construir:* Para cumplir con este primer requisito, en este aspecto de la oferta de iniciativa privada debe hacerse la misma reseña ya expuesta, esto es, una descripción precisa y detallada de la obra que se pretende recibir en concesión. En este contexto, sería, pues, la descripción precisa del producto o servicio ofrecido (los detalles más importantes de la obra que se plantea que se entregue en concesión).

Además, si se pretende vincular otra concesión ya existente al proyecto nuevo que se plantea a la administración, se debe realizar una descripción precisa y detallada de la obra en concesión, señalando las notas más importantes del contrato de concesión vigente, como se desprende del inciso segundo del artículo 2.º del Decreto 4533 de 2008.

- *La descripción detallada de las etapas del proyecto y el cronograma tentativo de obras:* Para cumplir con esta exigencia, en la oferta de iniciativa privada se debe indicar claramente las etapas de que consta el proyecto (diseños, construcción y operación, u otras fases que se consideren necesarias para el proyecto) y, ahí

proyecto sujeto a aprobación, entre otras alternativas; e) Evaluación económica y financiera del proyecto, considerando el valor estimado de la inversión, la demanda estimada, los costos estimados, el plan de financiamiento y otros elementos que faciliten su análisis por el Organismo Promotor de la Inversión Privada; f) Evaluación preliminar del impacto ambiental; g) Propuesta de plazo o vigencia estimada del contrato de participación de la inversión privada; h) Capacidad financiera del solicitante y experiencia para la ejecución de proyectos de similar envergadura; i) Tratándose de proyectos bajo la modalidad de concesión y que no involucren cofinanciamiento por parte del Estado, se deberá adjuntar una declaración jurada expresando que la iniciativa privada no solicitará cofinanciamiento por parte del Estado, ni garantía firme por parte de éste".

mismo, realizar un cronograma de ejecución de la fase de obras del proyecto, en el cual deben ser incluidos todos los pasos que sean necesarios para la obtención de los resultados esperados.

En este sentido, consideramos que a pesar de que la norma simplemente haga referencia al "cronograma tentativo de obras", en la oferta de iniciativa privada se debe incluir la descripción de los tiempos estimados de duración de cada una de las fases y, en particular, los pasos de la obra y la duración de la fase de explotación de ella, indispensable para obtener los ingresos esperados por el eventual concesionario.

b. La prefactibilidad técnica de la obra

El segundo elemento del proyecto de concesión u oferta de iniciativa privada se refiere a que el documento que presente el inversionista privado debe incluir unos estudios fase I que reflejen, en alguna medida, las posibilidades reales de ejecutar la obra planteada, así como las dificultades que pueden darse en la práctica, incluyendo los posibles riesgos que, desde el punto de vista técnico, puedan preverse.

Los elementos en específico que trae el Decreto 4533 de 2008 frente a este punto son los siguientes:

-El valor estimado de las obras, así como de las actividades de administración, operación y mantenimiento: Según este primer elemento de la prefactibilidad técnica, en la oferta de iniciativa privada se deberán definir, así sea de manera general y en cierta medida global, los valores de los materiales y las cantidades de obras por construir, junto con la identificación de los costos relativos a la administración, operación y mantenimiento del proyecto que se habrá de entregar en concesión. Es decir, debe establecerse técnicamente cuál es el costo del proyecto de concesión.

Este elemento constituye un aspecto básico a la hora de hablar de la prefactibilidad técnica del proyecto pues con él se pretende determinar, por lo menos en cuanto a las obras que se ejecutarán durante la vida del proyecto, el valor de la inversión, lo cual será necesario para desarrollar adecuadamente la prefactibilidad financiera a la que se refiere el siguiente requisito de la oferta de iniciativa privada.

-Los estudios de prefactibilidad técnicos, jurídicos, prediales y de cualquier otra naturaleza que sean necesarios y suficientes para sustentar la oferta, y la descripción de las obras: Los estudios a los que se refiere esta segunda exigencia consisten en un análisis de las posibilidades y perspectivas reales que existen técnica y jurídicamente de ejecutar las obras que se describen en la misma oferta de iniciativa privada, para así evitar que el proyecto resulte inviable por la calidad del terreno en el cual se ejecutarán las obras, la tecnología que debe utilizarse, los costos

que se producen, la imposibilidad de adquirir predios u obtener permisos y licencias, etc.

En relación con esta exigencia, debe señalarse, en primer lugar, que el estudio exigido debe analizar las dificultades materiales y técnicas que puedan existir para el desarrollo del proyecto, así como los procedimientos necesarios para la ejecución de las obras y para superar las eventuales dificultades, a fin de asegurar que la obra se puede ejecutar. En este punto, la norma reglamentaria reitera la exigencia de que se haga una descripción de la obra, la cual debe ser concordante con la descripción general a la que nos referimos en primer requisito de la oferta de iniciativa privada. Esta descripción resulta indispensable para valorar las posibilidades reales técnicas de ejecución de la obra, pues permite analizar el elemento técnico sobre una situación concreta.

Así mismo, los estudios de prefactibilidad técnica deben incluir una aproximación general a los predios necesarios para la ejecución de los trabajos, junto con una evaluación sobre las posibilidades reales de su adquisición desde el punto de vista práctico de negociación y jurídico de problemas de esta índole que puedan tener los predios. No se trata de un estudio de títulos de cada uno de los predios, pero sí de una identificación de ellos, de sus propietarios o poseedores y de las perspectivas que existen de su negociación y adquisición, incluyendo la evaluación sobre la necesidad de realizar expropiaciones administrativas o judiciales.

Finalmente, en esta exigencia se incluye la evaluación jurídica sobre la necesidad de contar con licencias y permisos antes de la ejecución de las obras o de la realización de las actividades de mantenimiento, incluyendo licencias urbanísticas y permisos de funcionamiento, así como la evaluación jurídica de los demás riesgos de esta índole que pueden presentarse en la ejecución del contrato.

-Identificación y análisis de los riesgos técnicos previsibles asociados al proyecto: De manera genérica podríamos hacer referencia en este punto a la necesidad de que la oferta de iniciativa privada cuente con una tipificación y estimación de las posibles dificultades técnicas, operativas y tecnológicas (mayores cantidades de obra, obras adicionales, dificultades geológicas y geotécnicas, etc.) que puedan presentarse en la ejecución del proyecto, lo cual resulta absolutamente lógico, pues teniendo en cuenta la complejidad del objeto y la larga duración de la fase de ejecución del contrato, es necesario determinar las eventuales dificultades previsibles que pueden llegar a aquejar el correcto desarrollo del contrato y hacer más costosa su ejecución.

Como lo indica la norma, no basta con la tipificación o identificación de los riesgos técnicos previsibles que puedan dificultar la ejecución de la obra o su explotación, sino que también debe realizarse un análisis en el sentido de plantear las posibilidades y los mecanismos de mitigación o neutralización de aquéllos. En este sentido, la doctrina ha señalado que "no se trataría, por tanto,

simplemente de identificarlos y enumerarlos [los riesgos] sino de especificar la manera en que vayan a neutralizarse o minimizarse"³⁰.

Este elemento es quizás uno de los más importantes en la determinación de la prefactibilidad de la concesión y para efectos de la evaluación de conveniencia que debe hacer la administración, toda vez que la distribución de los riesgos es el elemento que de mejor manera define al contrato de concesión y le permite ser diferenciado de otra clase de contratos administrativos³¹. Además, una buena identificación de los riesgos sin duda permitirá un mejor desarrollo del objeto contractual.

Frente a esta exigencia, debe recordarse que de acuerdo con la prescripción del artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007, en los pliegos de condiciones debe existir una tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles. De esta manera, este ítem ayudará a la entidad concedente a dejar claro de antemano los posibles riesgos técnicos que se encuentren en la ejecución de la obra.

c. La prefactibilidad financiera de la obra

Este tercer elemento mínimo que debe incluirse en la oferta de iniciativa privada o proyecto que se ha de presentar a la entidad estatal que en el futuro será la concedente consiste en que el interesado debe señalar, aproximadamente y de acuerdo con sus estudios técnicos y de mercado, cuáles serán las inversiones que deberán hacerse para la ejecución de la obra y cuáles serán los posibles ingresos que podrán recibirse con su explotación.

Para lo anterior, el particular interesado deberá mostrar las posibilidades reales de explotación de la obra planteada, con lo cual la entidad podrá construir su propio modelo financiero con base en el cual estructurará de manera definitiva el proyecto, y podrá deducir los riesgos financieros y de mercado que serán previsibles para efectos de su distribución definitiva durante la fase de licitación. Este elemento mínimo es, quizás, el más importante de todos, en la medida en que las concesiones de obra son, fundamental y principalmente, negocios de carácter financiero, de tal manera que el análisis de las posibilidades financieras del proyecto resulta de trascendental importancia.

El artículo 4.º del Decreto 4533 de 2008 concreta este elemento mínimo de la oferta de iniciativa privada en las siguientes exigencias:

30 ALONSO COLOMER. "Actuaciones previas (arts. 22, 227 a 234, disposiciones adicionales 4ª a 7ª) y adjudicación del contrato (art. 235)", cit., p. 145.

31 Sobre el particular, la comunicación "COM (2005) 569, de 15.11.2005" de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre colaboración público-privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones insiste en que la mayor particularidad de las concesiones administrativas es precisamente la asunción de riesgos por el particular: "La principal diferencia con la contratación pública es el riesgo inherente a la explotación que tiene que soportar el concesionario, quien suele financiar, al menos, una parte de los proyectos".

-Estudios de prefactibilidad financiera y de cualquier otra índole que sean necesarios y suficientes para sustentarla, incluyendo como mínimos los modelos financieros: Esta primera exigencia se refiere al análisis previo de las posibilidades reales de financiar el diseño y la construcción de obra y la explotación y el mantenimiento de ella. Para el efecto, será necesario contar con la estimación de los costos de ejecución del proyecto, así como de las fuentes de recursos (créditos bancarios, inversión privada de los concesionarios, inversión pública directa, bonos y papeles del mercado financiero, tasas y peajes, etc.).

En complemento de lo anterior y para verificar la consistencia financiera del proyecto puesto a consideración de la autoridad pública, la norma impone la obligación de presentar los modelos financieros utilizados para determinar la prefactibilidad financiera y la descripción de la obra, con la cual pueden corroborarse los costos estimados de inversión en la obra y en su mantenimiento y operación. Al respecto, debe señalarse que ese modelo financiero servirá además de base para que la misma administración construya el suyo o adopte el del proyecto como definitivo, al momento de iniciar el procedimiento de selección de contratistas.

Además, en estos estudios de prefactibilidad financiera se deberá incluir un análisis sobre la demanda que se proyecta que tendría la obra entregada en concesión, así como la posible rentabilidad de ésta, los cuales son elementos fundamentales para determinar la viabilidad real de que la obra sea entregada en concesión, pues no debe olvidarse que el inversionista privado que será el concesionario, como lo dice el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 a propósito de la finalidad de la contratación estatal, no sólo busca colaborar con la administración, sino también obtener unas utilidades o ganancias razonables por la ejecución del contrato.

-Las condiciones financieras, técnicas y jurídicas de la oferta de iniciativa privada, incluyendo la remuneración del contratista, las fuentes de recursos y los aportes y garantías estatales requeridas, si es del caso: Esta exigencia se encuentra íntimamente relacionada con la anterior en el sentido de que busca determinar los costos aproximados que supondría el proyecto, junto con el retorno de la inversión y la utilidad razonable que pretende derivar el particular de la ejecución del contrato de concesión.

Además, para satisfacer esta exigencia legal, en la oferta de iniciativa privada debe precisarse la fuente de recursos necesarios para la ejecución de los trabajos, en la cual deberá hacerse claridad si la totalidad de los recursos provendrán del sector privado o será necesario que la entidad concedente realice inversiones directas o, por lo menos, garantice el retorno de la inversión, todo lo cual debe verse reflejado en el modelo financiero anexo a la oferta.

Así mismo, con miras a cumplir con esta exigencia, el particular oferente deberá elaborar un esquema para la financiación de todos los trabajos que habrán de ejecutarse en las diferentes fases del proyecto, así como el análisis

de mercado sobre las posibilidades y los costos de ejecución de los trabajos y de la explotación de la obra.

-Identificación y análisis de los riesgos financieros previsibles asociados al proyecto: La oferta de iniciativa privada, para satisfacer esta exigencia, debe contar con una tipificación y estimación de las posibles dificultades de orden financiero que puedan presentarse en la ejecución del proyecto, como son los cambios en las condiciones del mercado financiero (mayores garantías, cambios en la tasa de interés, etc.), en las condiciones macroeconómicas del país (inflación, tasa de cambio, etc.), en las condiciones fiscales y tributarias, así como en las demás condiciones que se refieran a la financiación y los costos de los trabajos.

De nuevo en este punto debe señalarse que no basta con la mera identificación de los riesgos financieros previsibles asociados al proyecto, sino que en la oferta de iniciativa privada el oferente deberá señalar también los posibles mecanismos que podrían emplearse para la mitigación o el manejo de ellos, a fin de establecer las posibilidades reales de dar un adecuado manejo a dichos riesgos y a los costos asociados a ellos durante la fase de ejecución del contrato de concesión.

Frente a esta exigencia, debe insistirse en que de acuerdo con el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007 en los pliegos de condiciones debe existir una tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles, por lo cual este aspecto de la oferta de iniciativa privada es de la mayor utilidad para la entidad concedente al momento de iniciar el procedimiento de selección.

Por último, en relación con este elemento de la prefactibilidad financiera, debe tenerse en cuenta que si es fundamental considerar los riesgos técnicos en una concesión de obra pública, lo es mucho más considerar los riesgos financieros, toda vez que, como lo expresamos atrás, las concesiones son mecanismos de financiación de las obras públicas, por lo cual el elemento económico-financiero es fundamental en su caracterización como contrato particular, de tal manera que como lo ha expresado la Comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario en la comunicación "2000/C 121/02, de 24.4.2000",

[...] las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como «riesgo económico», son inherentes al fenómeno de las concesiones. En efecto, este tipo de riesgo, que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos.

-La explicación de los beneficios económicos y sociales del proyecto, y de la forma como éste se adecua a los planes de desarrollo: Esta exigencia de la oferta de iniciativa privada resulta de inmensa utilidad para la administración pública por cuanto puede ser decisiva al momento de establecer la conveniencia y la necesidad

de la obra, las cuales deberá valorar la entidad concedente, de acuerdo con la discrecionalidad de la cual es titular.

Esta exigencia se refiere a la importancia social y económica que tiene el proyecto para la comunidad destinataria, es decir, se refiere a la conveniencia y utilidad política que el proyecto pueda tener incluso para la misma entidad concedente. Para este efecto se exige demostrar su concordancia con el plan de desarrollo, lo cual se erige como un referente reglado frente a la discrecionalidad en la aceptación del proyecto que pueda tener la administración, de tal manera que es un aspecto fundamental al momento de decidir si se quiere contratar la propuesta.

En particular, en relación con la vinculación entre el proyecto presentado y el plan de desarrollo, debe tenerse en cuenta que dicho análisis debe realizarse respecto del plan nacional, departamental, distrital o municipal, dependiente del nivel administrativo de la obra y de si la entidad concedente es nacional, departamental, distrital o municipal.

d. La evaluación del impacto ambiental de la obra

Este último elemento mínimo que debe acreditar la oferta de iniciativa privada consiste en que el proyecto que se presente a consideración de la administración debe contener el análisis de la afectación al medio ambiente que la obra que se propone pueda llegar a generar, así como las medidas de mitigación del impacto ambiental que puedan implementarse con el fin de disminuir la afectación que pueda tener la obra sobre el medio ambiente. Lo anterior, con el fin de establecer las posibilidades reales de obtención de una licencia ambiental para la ejecución de los trabajos planteados, y de determinar los riesgos ambientales del proyecto que sean previsibles, junto con su eventual distribución entre las partes del contrato de concesión.

Al respecto debe señalarse que el artículo 4.º del Decreto 4533 de 2008 califica este elemento como "la evaluación del impacto ambiental y social del proyecto", es decir que incluye, además del aspecto ambiental mencionado, la necesidad de realizar la gestión social sobre la conveniencia del proyecto, lo cual será fundamental para la decisión de aceptación o rechazo que pueda adoptar la administración pública.

Esta exigencia que consagran tanto la ley como el decreto reglamentario es perfectamente coherente con el principio de planeación consagrado en diversas normas de la Ley 80 de 1993 en el sentido de que debe existir plena seguridad por parte de la administración de la viabilidad ambiental de la obra que se va a ejecutar, esto es, de la posibilidad de obtener las licencias ambientales correspondientes, antes de iniciar cualquier trámite administrativo relativo al contrato de concesión.

e. *Otros elementos adicionales exigidos en el reglamento*

Por fuera de los cuatro elementos exigidos por el párrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, su reglamento, Decreto 4533 de 2008, exige otros cinco requisitos para la presentación de la oferta de iniciativa privada, en relación con la vinculación de otros contratos de concesión al proyecto presentado, con la capacidad e integración del oferente y con la elaboración misma de la oferta de iniciativa privada.

En relación con la vinculación de otros contratos de concesión vigentes:

-En caso de que la oferta de iniciativa privada involucre un contrato de concesión en ejecución, se incluirá la valoración de la misma: Este elemento sí que constituye una novedad introducida por el decreto reglamentario, toda vez que la Ley 80 de 1993 no hacía referencia a que se pudiera involucrar un contrato de concesión en la oferta de iniciativa privada, pero tampoco lo prohibía. En consecuencia, a nuestro juicio con buen criterio, en las ofertas de iniciativa privada, como parte del proyecto, es posible incluir la vinculación de otros contratos de concesión al nuevo proyecto que se propone a la administración.

En ese caso, en la oferta de iniciativa privada debe incluirse una valoración del contrato de concesión vigente que se pretende vincular como parte del proyecto. Esta valoración, según lo exige el reglamento, deberá estar ajustada a las condiciones contractuales y a las normas de valoración de activos. Además, deberá ajustarse a los criterios de valoración económica que fije la entidad estatal competente antes de la presentación de la oferta de iniciativa privada.

-Los requerimientos establecidos en el artículo 2.º para la vinculación de otras concesiones: El artículo 4.º del Decreto 4533 de 2008, que se refiere al contenido de la propuesta, indica que se consideran elementos mínimos no sólo los que se encuentran desarrollados en los demás aspectos del mismo decreto. Por tanto, acudiendo al artículo 2.º que permite la vinculación de otros proyectos resulta necesario anexar lo requerido en este, aspecto que será desarrollado en detalle más adelante.

En relación con la capacidad e integración del oferente:

-Una presentación completa de la experiencia y la capacidad financiera del oferente: Este elemento consiste en una lectura simple de la norma reglamentaria, en que el oferente de iniciativa privada debe acreditar que tiene la capacidad jurídica, financiera y técnica necesaria para el desarrollo de un proyecto como el propuesto. Es decir, si goza de capacidad de ejercicio en los términos del Código Civil, del capital de trabajo y acceso al crédito necesario, y de la experiencia y los conocimientos técnicos suficientes para cumplir idóneamente con el objeto del proyecto propuesto.

Al respecto debemos señalar que, a nuestro juicio, dado lo incipiente del desarrollo de la relación comercial —en este estadio ni siquiera se ha decidido si habrá de ejecutarse el proyecto y de celebrarse el contrato—, la exigencia de este elemento no resulta tan conveniente como la de los anteriores. En efecto, no encontramos asidero jurídico al hecho de que la entidad estatal reciba la experiencia y capacidad financiera y jurídica del oferente, puesto que, aun cuando la idea de la iniciativa privada es que quien presenta la oferta eventualmente celebre el contrato, como lo veremos más adelante, siempre será necesario realizar un proceso de selección dentro del cual se tendrá la oportunidad para revisar lo relativo a las calidades del oferente, una vez se tenga plenamente decidido la celebración de la concesión.

Por lo anterior, proponemos que un correcto entendimiento de este numeral consiste en que la entidad que reciba la oferta de iniciativa privada podrá valorar la capacidad del oferente para la presentación de un proyecto como el ofertado, pero no deberá exigir que se acredite la plenitud de las capacidades para la ejecución del objeto del futuro contrato de concesión, lo cual no exime al futuro contratista de acreditar esta circunstancia en la fase del procedimiento de selección. En otras palabras, el oferente debe acreditar que sabe de lo que está hablando al presentar un plan de negocios de tal naturaleza a la entidad estatal que será la futura concedente.

No obstante esa propuesta práctica de entendimiento de la norma, reconocemos que, en tanto que el artículo 11 del Decreto 4533 de 2008 exige que el proponente en el procedimiento de selección se encuentre integrado exactamente por las mismas personas que el oferente de iniciativa privada, es lógico que desde la oferta de iniciativa privada se acredite la capacidad de ejecución del proyecto, lo cual reñiría con la interpretación propuesta.

Ahora bien: desde un punto de vista más práctico, debe tenerse en cuenta que los requisitos precisos para ser el concesionario y para ejecutar el proyecto sólo se definen una vez la administración adopta los pliegos de condiciones definitivos, de tal manera que en esta fase no existen requisitos objetivos que pueda acreditar el oferente de iniciativa privada, lo cual corrobora la lógica de la interpretación que proponemos sobre esta exigencia.

De esta manera, debe señalarse que, al margen de nuestra interpretación, que consideramos correcta, si lo que se quiere es aplicar exegéticamente la exigencia del artículo 4.9 del Decreto 4533 de 2008, el oferente de iniciativa privada deberá presentar la documentación que a su juicio y sin tener unos criterios objetivos al respecto acredite que es capaz de ejecutar el proyecto como concesionario. Además, si la entidad considera que la capacidad acreditada no es suficiente, podrá pedir los documentos complementarios antes de la adopción de la decisión de iniciar el procedimiento de selección del concesionario de obra pública.

-En la oferta deberá indicarse con precisión quién o quiénes integran las personas oferentes, cuál es su capacidad jurídica y financiera y su experiencia técnica y, en el caso de ser un oferente plural, constituido por más de una persona natural o jurídica, cuál es la modalidad de asociación y la participación que cada una de ellas tiene en la oferta: Frente a este numeral, que tiene un contenido reiterativo frente a las demás exigencias del artículo 4.º del Decreto 4533 de 2008, consideramos que para su cumplimiento, en la oferta de iniciativa privada debe identificarse claramente quién o quiénes son los oferentes, en el segundo caso cuando se trate de un oferente plural, situación en la cual se exige también que el oferente señale la naturaleza jurídica del vínculo entre sus miembros, en el sentido de indicar si se trata de un consorcio, una unión temporal, una sociedad con objeto único, una promesa sociedad futura, un *joint venture* o cualquier otra modalidad de asociación entre particulares que permita la ley o que surja de la autonomía de la voluntad.

Teniendo en cuenta que el artículo 12 del Decreto 4533 de 2008 señala que el oferente de iniciativa privada que no resulte adjudicatario en el procedimiento de selección tiene derecho al reembolso de los gastos de elaboración del proyecto, la identificación de la persona o personas que es el oferente es indispensable para determinar el titular del derecho de reembolso de los costos de la iniciativa privada.

Además, la información a la que se refiere esta exigencia, si bien no parece ser fundamental para la evaluación de la viabilidad y conveniencia de la oferta de iniciativa privada, sí puede ser importante en el momento de evaluación de las propuestas dentro del procedimiento de selección del concesionario, puesto que, por expresa exigencia del artículo 11 del Decreto 4533 de 2008, quien presenta la oferta de iniciativa privada debe ser el mismo que presenta la propuesta en el procedimiento de selección y, en caso de ser un oferente plural, si se desea modificar alguno de sus integrantes debe solicitarse la autorización de la entidad concedente.

No obstante, a nuestro juicio no parece adecuada la mencionada limitación al nombre del proponente que consagra el artículo 11 citado. En efecto, si la norma reglamentaria, como es lógico y coherente con el poder discrecional de la administración en la elaboración del pliego de condiciones, permite que se modifique el proyecto presentado por el particular, lo más lógico es que fruto de esas modificaciones el particular pueda replantear la idea de presentarse en una u otra modalidad de asociación o con uno u otro miembro dentro de la respectiva asociación.

Finalmente, frente a esta exigencia debe señalarse que como ocurre con buena parte de las exigencias contenidas en el decreto reglamentario, éstas tienden a ser repetitivas, por lo cual, respecto de la capacidad jurídica y financiera y experiencia técnica del oferente de iniciativa privada, nos remitimos a la explicación y comentario del elemento anterior, en el cual analizamos la inconveniencia de exigir estos requisitos en esta fase muy incipiente de la

relación negocial y a la interpretación que consideramos adecuada de esta exigencia

En relación con la elaboración misma de la oferta de iniciativa privada:

-El valor de los estudios realizados, estimado de conformidad con criterios objetivos de valoración de estudios y con precios de mercado: Esta exigencia supone que en la oferta de iniciativa privada debe indicarse, de manera global y sin necesidad de realizar un desglose en costos unitarios, costos directos e indirectos ni la inclusión de factores multiplicadores o de otra clase, el valor total en que incurrió el oferente para la presentación de la propuesta.

La importancia práctica de este aspecto se encuentra en que, como lo analizaremos en detalle más adelante, el artículo 12 del Decreto 4533 de 2008 garantiza un reembolso de los costos en que incurrió el oferente de iniciativa privada en los casos en que resulte vencido en el procedimiento de selección por parte del adjudicatario de éste.

Al respecto, debe señalarse que, como es lógico, el valor de los estudios realizados por el oferente deberá ser coherente con el valor de mercado de esta clase de trabajos, pues no puede constituir un mecanismo de enriquecimiento injusto del particular que presentó la iniciativa privada. En efecto, el derecho al reembolso consulta una idea de justicia frente al oferente vencido en la licitación o procedimiento de selección correspondiente que ha tenido la iniciativa que dio lugar a dicho procedimiento, pero jamás busca un enriquecimiento del oferente de iniciativa privada.

Así mismo, debe señalarse que el oferente de iniciativa privada deberá presentar su oferta "en el formato y condiciones [sic] que establezca la entidad estatal concedente", como lo señala el parágrafo 1.º del artículo 4.º del Decreto 4533 de 2008, en concordancia con el parágrafo 1.º del artículo 8.º ibídem, según el cual las entidades estatales que potencialmente puedan recibir una iniciativa privada deben establecer un formato y unas condiciones a las cuales deben adaptarse los oferentes.

Al respecto, consideramos que ese formato y las condiciones que señale la entidad estatal concedente únicamente pueden buscar precisar de mejor manera la información exigida por el Decreto 4533 de 2008 o incluso adaptarla a la situación particular del contrato de concesión que se celebrará, que ha sido analizada en las anteriores páginas, pero no puede suponer la creación por parte de la entidad de requisitos adicionales, pues con ello se vulneraría el artículo 84 de la Constitución Política, según el cual, "cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".

En otras palabras, para nosotros, la facultad de la entidad estatal concedente se limita a la creación de formularios que faciliten la presentación de las ofertas de iniciativa privada y permitan ajustarla a las particularidades que una

u otra obra entregada en concesión pueda ofrecer –no es igual la situación de una carretera, de un ferrocarril o de un puerto marítimo–, pero no se extiende a la posibilidad de exigir requisitos adicionales a los consagrados en la norma legal y su desarrollo reglamentario.

Por último, debe tenerse en cuenta que, como lo expresamos atrás, los anteriores son apenas los elementos mínimos que debe tener el proyecto de concesión que se presenta a la administración. Sin embargo, parece conveniente insistir en que es recomendable que el particular incluya en su oferta de iniciativa privada toda la información que considere necesaria y útil para que la entidad estatal futura concedente pueda llegar a determinar con facilidad la viabilidad real de llevar a la práctica el proyecto de contrato de concesión que plantea el particular.

Es precisamente por esto por lo que se insiste en que el proyecto que se presente a la administración sea un verdadero plan de negocio, por lo cual debe contener, por ejemplo, el plan de *marketing* como instrumento para facilitar el ofrecimiento del proyecto ante la administración y de la obra ante los eventuales usuarios.

En últimas, el particular que tenga la iniciativa para que la administración otorgue una concesión de obra pública deberá hacer un ejercicio similar al que hacen las entidades estatales con todos sus contratos, en el sentido de que debe seguir toda una fase de planeación del contrato, pues en últimas la oferta de iniciativa privada no es nada distinto de una forma de estudio previo que permite establecer la conveniencia y oportunidad de celebrar el contrato de concesión³².

32 Sobre el particular, debe recordarse que conforme al artículo 3.º del Decreto 2474 de 2008 establece que los estudios previos a una contratación deben contar con los siguientes elementos: "1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación; 2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar; 3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección; 4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración; 5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable; 6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato, y 7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular".

2. Estudio y análisis de la oferta de iniciativa privada por parte de la entidad estatal concedente: la determinación de la viabilidad de iniciar el procedimiento de selección y de celebrar el contrato

Para el adecuado análisis de esta etapa, lo primero que debe recordarse es que el estudio y análisis de la iniciativa privada es un verdadero procedimiento administrativo especial activado por la oferta de iniciativa privada, es decir, se trata de un procedimiento iniciado como consecuencia de la iniciativa privada con una regulación particular.

Afirmamos que se trata de un procedimiento especial, porque existe toda una regulación particular para su tramitación en el parágrafo 2.º de la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 4533 de 2008, de tal manera que las normas generales de la primera parte del Código Contencioso Administrativo no son aplicables de manera directa, sino que se trata de reglas subsidiarias cuya aplicación resulta de la existencia de vacíos en el procedimiento especial³³.

De esta manera, por ejemplo, el término para resolver los derechos de petición en interés general fijado en el artículo 6.º del citado código no resultaría aplicable al procedimiento que se analiza en este estudio, en tanto existe una regulación particular sobre el término para decidir la solicitud; en cambio, se aplicarán las reglas generales del procedimiento administrativo general cuando se trata de un conflicto de competencias administrativas, ya que no existen reglas específicas sobre el particular en el decreto reglamentario que fija el procedimiento administrativo especial.

Teniendo en cuenta la anterior acotación, procedemos ahora sí a analizar las diferentes etapas del procedimiento que se surten ante la administración para decidir sobre la viabilidad de la oferta de iniciativa privada:

a. La determinación de la autoridad pública competente para tramitar el procedimiento

El procedimiento que se sigue para la iniciativa privada en materia de concesión de obra pública consiste en que una vez recibida la oferta de iniciativa privada por parte del particular interesado, la entidad estatal que lo recibe deberá analizar si es competente o no para su tramitación, lo cual determinará la existencia o no de vicisitudes adicionales en el trámite.

En caso de que la autoridad pública que reciba la oferta de iniciativa privada considere que no es la entidad competente para otorgar la concesión que se propone, deberá dar traslado de la iniciativa privada a la administración

33 Sobre la distinción entre los procedimientos administrativos especiales y el procedimiento administrativo y la manera en que ésta actúa "a modo de astro rey procesal a cuyo alrededor girarían los procedimientos administrativos especiales", cfr. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 66 y ss.

pública competente. Ahora bien: en caso de que ésta tampoco se considere competente e insista en que la autoridad que inicialmente recibió la oferta es la competente, de conformidad con el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, dicho conflicto de competencia deberá ser resuelto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que determinará de manera definitiva cuál es la autoridad pública competente para estudiar la viabilidad de la concesión³⁴.

b. El problema de los términos: oportunidad para el trámite y definición del procedimiento ante la entidad estatal concedente

Cuando se ha determinado con claridad cuál es la autoridad pública competente para tramitar el estudio de viabilidad de la oferta de iniciativa privada, según el parágrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, una vez esta autoridad pública haya recibido la oferta de iniciativa privada tiene un término de tres meses para estudiar su viabilidad y la posibilidad de iniciar un procedimiento de licitación pública para otorgar la concesión. La norma legal se limitó a fijar un término dentro del cual se debería decidir sobre la viabilidad de la oferta de iniciativa privada presentada por el particular.

El corto término que señala la norma mencionada para el estudio de la viabilidad de la iniciativa privada obedece a que, como lo ha expresado la doctrina, "tal iniciativa sería estéril si la norma no estableciera unos requisitos en orden a que la reacción de la administración se produzca de una manera rápida, aunque con un tiempo razonable para valorar la iniciativa"³⁵.

Empero, el Decreto 4533 de 2008, en el artículo 6.º, atendiendo las posibles vicisitudes que puedan llegar a presentarse en la evaluación técnica, jurídica, financiera, política y de conveniencia de la iniciativa privada, así como las necesidades prácticas y de análisis adecuado de las ofertas por parte de la administración concedente, aunque con una redacción un poco compleja, dispuso lo siguiente:

Artículo 6º. Estudio de la viabilidad de la oferta de iniciativa privada. Presentada la oferta de iniciativa privada, la entidad estatal concedente la estudiará en el término máximo de tres (3) meses.

A más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes al vencimiento del término anterior, la entidad estatal concedente realizará las validaciones y estudios

34 Sobre el trámite del conflicto de competencias administrativas, cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, auto del 9 de marzo de 2009, expediente 2009-00012 (CP: WILLIAM ZAMBRANO CETINA).

35 ALONSO COLOMER. "Actuaciones previas (arts. 22, 227 a 234, disposiciones adicionales 4ª a 7ª) y adjudicación del contrato (art. 235)", cit., p. 147.

complementarios que sean necesarios para determinar si la oferta es viable o no y podrá también solicitar al oferente de iniciativa privada la realización de estudios adicionales y la aclaración o la entrega de la información complementaria que requiera para tal propósito. Si el oferente de iniciativa privada no entrega la información y estudios adicionales solicitados por la entidad estatal concedente, se entenderá que desiste de su oferta.

Parágrafo 1°. Los términos anteriores podrán ser suspendidos por la entidad estatal concedente cuando se requiera de un tiempo adicional para estudiar la viabilidad de la oferta de iniciativa privada.

Parágrafo 2°. En el proceso de validación de la información, integración, conformación y presentación de los estudios previos a que se refiere el presente artículo, la entidad estatal concedente utilizará como marco de referencia las disposiciones que sean pertinentes del artículo 3° del Decreto 2474 de 2008.

De la norma transcrita, en materia de términos, podrían fijarse las siguientes reglas particulares: 1. existe un término de tres meses para realizar el estudio de la oferta de iniciativa privada; 2. existe un término adicional de tres meses para realizar las validaciones y estudios adicionales para de manera definitiva decidir si la oferta es viable; y 3. cualquiera de los dos términos anteriores puede ser suspendido en caso de que la entidad requiera de un término adicional para adoptar la decisión definitiva.

Estas reglas parecen, en principio, haber desbordado la norma impuesta por el parágrafo 2.° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual el término para la decisión de viabilidad de la oferta de iniciativa privada es tres meses, los cuales, en concordancia con el principio de economía, deben entenderse como preclusivos, esto es, que no son prorrogables, salvo que existiera una norma asimismo legal que permitiera esa posibilidad. Además, como argumento adicional para sustentar la ilegalidad de la norma, podría decirse que como no se trata de un silencio de la ley, sino que, por el contrario, la norma legal está fijando expresamente el término para el ejercicio de la competencia, no podría el decreto reglamentario ampliar dicho término sin contradecir la ley.

No obstante, si se analiza e interpreta de manera amplia y flexible la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre términos en los procedimientos administrativos especiales en materia de contratación pública, puede llegarse a una conclusión diferente, esto es, aceptar la legalidad del artículo 5.° del Decreto 4533 de 2008. En efecto, la citada corporación, al estudiar la demanda de la legalidad del artículo 4.° del Decreto 287 de 1996 que autoriza a las entidades estatales a prorrogar el término de evaluación de las propuestas en una licitación pública, aun cuando el artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993 no prevé dicha posibilidad, resolvió que era perfectamente posible que, ante el silencio de

la ley, el decreto reglamentario, con miras en garantizar el cumplimiento del deber de selección objetiva, permitiera la ampliación de dicho término³⁶.

Al margen de esas dos posibles interpretaciones sobre la legalidad de la norma, lo cierto es que consideramos que esa amplitud en los términos y, sobre todo, la posibilidad de suspenderlos pueden desincentivar a los particulares para la presentación de ofertas de iniciativa privada, habida cuenta de lo extenso que puede resultar el procedimiento para la declaración de viabilidad, el cual, según las normas del citado artículo 5.º, podría superar el año, sin contar con otro medio año o más que podría durar la definición del procedimiento de selección de contratistas, tiempos en los cuales pueden variar sensiblemente las condiciones económicas, financieras, de mercado, de costos de insumos, etc. que podrían hacer que la iniciativa de la concesión pierda utilidad práctica.

De esta manera, es nuestro parecer que lo más conveniente consiste en que la entidad estatal concedente realice de la forma más rápida posible los estudios, evaluaciones y consideraciones que sean del caso para la adopción de manera definitiva de una decisión en relación con la viabilidad de iniciar el procedimiento de selección para la celebración del futuro contrato de concesión.

Además, a ese respecto debe resaltarse que el cumplimiento de este término es fundamental, toda vez que uno de los derechos de los cuales es titular el oferente de iniciativa privada es precisamente el de obtener una respuesta oportuna y de fondo a su oferta, situación que no solo se desprende de la consagración legal y reglamentaria de la figura, sino que resulta con claridad del núcleo esencial del derecho fundamental constitucional de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política³⁷.

En todo caso y al margen de la recomendación anterior, con los autores ibéricos EMBID IRUJO y COLOM PIAZUELO, comprendemos las razones prácticas y de complejidad de los análisis que pueden motivar a la administración a proceder a la extensión del plazo inicial señalado por la ley española de contratos del sector público para el estudio de viabilidad de las iniciativas privadas. Según los citados autores, "quizá en la práctica la única respuesta inicial de la administración pública a una concreta iniciativa, sobre todo en los plazos supuestos de mucha complejidad técnica y económica, sea ésta: fijar un plazo mayor para su consideración con el límite máximo de los seis meses"³⁸.

36 Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1.º de junio de 2000, expedientes 12.038 y 14.092 (CP: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ).

37 Sobre este derecho del oferente de iniciativa privada a "obtener una respuesta de la entidad pública, en la forma, modo y tiempo que la ley indica", cfr. MORÓN URBINA. "La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: nueva perspectiva de la relación público-privada y la revisión de la noción de interés público", cit., p. 11.

38 ANTONIO EMBID IRUJO y ELOY COLOM PIAZUELO. *Comentarios a la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004, p. 136.

En consecuencia, de acuerdo con la norma vigente del decreto reglamentario parecen haber dos etapas diferentes que se surten ante la administración concedente, por una parte, la fase de "estudio" de la oferta de iniciativa privada y de otra, la fase de "validación y estudios complementarios" a la misma oferta de iniciativa privada.

En efecto, en el artículo 6.º del Decreto 4533 de 2008 parece distinguirse dos etapas en el análisis que debe seguir la entidad frente a una oferta de iniciativa privada recibida de los particulares: 1. en el inciso primero se señala un término de tres meses, en los cuales la entidad "estudiará" la oferta de iniciativa privada, y 2. en el inciso segundo de la misma norma se fija un término adicional de tres meses para que la entidad realice "las validaciones y estudios complementarios que sean necesarios para determinar si la oferta es viable o no".

Frente a lo expresado y en una interpretación coherente con el texto del parágrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, a nuestro juicio el término fijado por el inciso primero del artículo 6.º del Decreto 4533 de 2008 debe entenderse como el período dentro del cual la administración concedente tiene la obligación de decidir si la oferta es viable o no, de tal manera que la decisión definitiva de viabilidad por parte de la entidad estatal concedente, en principio, debería sea adoptada en un período de tres meses.

La anterior interpretación propuesta implica que no existe diferencia alguna entre la actividad de estudio de la oferta de iniciativa privada a la que se refiere el primer inciso del citado artículo 6.º y la realización de "las validaciones y estudios complementarios" para determinar la viabilidad de la oferta mencionada en el inciso segundo de la misma norma.

Ahora bien: frente a los tres meses adicionales a los que se refiere el inciso segundo de la misma norma, consideramos que dicho término en principio no debe ser utilizado por la administración para de la documentación proporcionada por el particular, sino que su uso debe limitarse a los casos más complejos en los cuales no sea suficiente la información entregada por el particular con la oferta de iniciativa privada y la demás complementaria entregada a solicitud de la administración.

En otras palabras, los tres meses adicionales sólo podrían ser utilizados por la entidad estatal concedente cuando ella misma deba realizar estudios complementarios, los cuales sean adicionales a la información recibida del particular; en los demás casos la decisión debe ser adoptada dentro de los tres meses siguientes a la determinación de la autoridad administrativa competente para ser la concedente.

En cualquiera de los dos casos, se insiste en que el término de los tres meses fijado por el artículo 6.º del Decreto 4533 de 2008 no resulta ser una camisa de fuerza para la administración, pues siempre que requiera de un mayor período para la adopción de la decisión de viabilidad, de acuerdo con la misma norma, ésta tendrá la posibilidad de suspender los términos para tomar la decisión definitiva dentro del período fijado en la citada disposición.

c. El estudio de la oferta de iniciativa privada por parte de la entidad

Continuando con el trámite que debe seguirse una vez recibida la oferta de iniciativa privada por parte de la entidad estatal competente para ser la concesionaria, ésta debe proceder a realizar un análisis de viabilidad sobre ella, siguiendo los parámetros fijados por el parágrafo 1.º del artículo 7.º del Decreto 4533 de 2008 frente a la viabilidad o inviabilidad de la oferta presentada.

Según la mencionada norma, para determinar la viabilidad de una oferta de iniciativa privada, la entidad estatal deberá proceder a verificar el cumplimiento de los diversos aspectos del proyecto que permitan concluir que es posible y razonable su ejecución, entre los cuales se destacan los siguientes: 1. características financieras; 2. características jurídicas; 3. características técnicas; 4. análisis de conveniencia y oportunidad; 5. adaptabilidad a los planes de inversión y normas presupuestales; y 6. satisfacción de necesidades incluidas en los planes de desarrollo³⁹.

Además, al momento de la revisión de la documentación allegada con la oferta de iniciativa privada, el parágrafo 2.º del artículo 6.º del mismo Decreto 4533 de 2008 indica que para la validación e integración de la información recibida en la oferta de iniciativa privada se debe tener en cuenta las regulaciones del artículo 3.º del Decreto 2474 de 2008 que establece un listado que debe verificar la entidad estatal al momento de realizar ella misma los llamados estudios previos.

De esta manera, el estudio de viabilidad del proyecto que debe realizar la entidad estatal concedente implica un análisis desde los puntos de vista jurídico, técnico, económico, financiero y ambiental, con lo cual deberá determinar las posibilidades reales de llevar a la práctica el proyecto de concesión que se plantea.

Además de lo anterior, en el estudio de viabilidad que realiza la administración debe analizarse un elemento muy importante que le compete exclusivamente a ella: la conveniencia del proyecto. Esta segunda parte del análisis es mucho menos objetiva que la primera e incluye una carga de discrecionalidad administrativa muy importante.

En efecto, la discrecionalidad de la administración se refleja en el hecho de que ésta debe determinar si el proyecto, a pesar de ser viable desde los puntos de vista jurídico, técnico, económico, financiero y ambiental, es necesario y conveniente con las políticas que desarrolla en ese momento el Estado o si,

39 En este punto, y teniendo en cuenta que el particular que presenta el proyecto debe realizar la misma actividad que las entidades estatales realizan en la planeación de los contratos, el oferente respecto de los puntos 4, 5 y 6, realiza lo ordenado a las entidades estatales por el numeral 1 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en los demás deberá realizar lo dispuesto en el artículo 3.º del Decreto 2474 de 2008.

por el contrario, dicho proyecto riñe con la concepción del desarrollo de la infraestructura que tiene la administración.

Lo anterior implica que, en la medida en que la decisión sobre la viabilidad del proyecto de concesión comporta un ejercicio considerable de discrecionalidad por parte de la administración, aceptar o rechazar la oferta de iniciativa privada deberá producirse con una decisión motivada, dando cumplimiento así a los artículos 24.7 de la Ley 80 de 1993 y 36 del Código Contencioso Administrativo.

En realidad, el punto de la discrecionalidad juega un papel muy importante en la concreción del proyecto de iniciativa privada. Al final de cuentas, es la administración pública la que decide si es conveniente o no el proyecto presentado. En Colombia, más allá de la concordancia con los planes de desarrollo e inversiones, ni la Ley 80 de 1993 ni el Decreto 4533 de 2008 consagran parámetros definitivos u objetivos para determinar lo conveniente o inconveniente de una oferta de iniciativa privada, lo cual deja en manos de la autoridad pública la decisión de iniciar el procedimiento de selección y de celebrar el contrato de concesión de obra pública.

CASARES explica que en España tampoco existe alguna forma de medir la conveniencia del proyecto, lo cual trae consigo ciertos peligros, como beneficiar a ciertos grupos políticos, y considera que el sistema inglés (conocido como *public sector comparator*) es un buen punto de referencia para superar tal inconveniente. Este mecanismo compara si representa menor costo a la administración pública la construcción, la explotación y el mantenimiento de la obra por sí misma, así como la asunción de los riesgos inherentes, que el hecho de concederlo a un sujeto de derecho privado. Este es, por lo menos, una guía para acoger en Colombia sobre todo, agregando a la anterior evaluación que la remuneración por los estudios realizados por la iniciativa privada recaerá sobre aquel que termine adjudicatario.

Frente a este tema, la autora indica:

No discuto la libertad de la administración para decidir sobre la oportunidad y conveniencia de la infraestructura, pero sí la ausencia de controles o de un procedimiento tasado que asegure que, una vez adoptada la decisión de proveer la infraestructura, la valoración del estudio de viabilidad presentado y la articulación concreta tanto del contrato como del reparto de riesgos que conlleva sea la óptima para los intereses públicos⁴⁰.

Es decir, no debe olvidarse que la discrecionalidad de la administración no significa arbitrariedad, y si pueden existir mecanismos que la eviten, éstos son bienvenidos. Por lo tanto, es fundamental que la decisión sobre la viabilidad

40 CASARES MARCOS. *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, cit., pp. 276 a 280.

o no de la oferta de iniciativa privada sea debidamente motivada y en dicha motivación resulten explícitos los motivos específicos por los cuales se considera conveniente o inconveniente desde todo punto de vista (político, social, económico, ambiental, administrativo, etc.) la celebración y ejecución de la obra pública por el sistema concesional.

En todo caso, lo cierto es que la administración debe tomar la decisión de aceptar o rechazar el proyecto de concesión planteado por el particular, dentro de los tres meses siguientes a que la entidad estatal competente reciba dicho proyecto, término que puede ampliar por tres meses más, en caso de que requiera de confrontaciones o estudios adicionales a la información suministrada por el oferente de iniciativa privada.

Al respecto, debe señalarse que durante el término de estudio de la viabilidad de la oferta de iniciativa privada, el artículo 6.º del Decreto 4533 de 2008 autoriza a la entidad estatal concedente para solicitar que el particular oferente complemente o amplíe parte de la información entregada o proceda a la entrega de estudios adicionales. Cuando esta solicitud de la administración tiene lugar, si el oferente no entrega los mencionados información y estudios se entiende que desiste de su oferta de iniciativa privada, lo que dan lugar a la terminación anticipada y anormal del procedimiento administrativo.

Además, para determinar la viabilidad de la oferta de iniciativa privada, la misma norma señala que la administración siempre conserva la posibilidad de realizar por su propia cuenta los estudios, valoraciones y análisis complementarios que considere indispensables para confrontar los datos y las conclusiones presentadas en la oferta de iniciativa privada. Insistimos en que, a nuestro juicio, cuando la entidad estatal concedente debe realizar esta clase de estudios complementarios es el único evento en el cual podrá utilizar los tres meses adicionales a que se refiere el inciso segundo del artículo 6.º del Decreto 4533 de 2008.

Por último, debe señalarse que según el artículo 9.º del Decreto 4533 de 2008, en caso de que la administración reciba dos o más ofertas de iniciativa privada para el desarrollo del mismo proyecto, sólo procederá a estudiar la primera de ellas y las demás serán consideradas ofertas alternativas, las cuales sólo serán susceptibles de ser estudiadas, en su orden, cuando la primera oferta presentada sea declarada inviable.

d. La decisión de la entidad estatal concedente frente a la oferta de iniciativa privada presentada

En concordancia con lo expuesto atrás en el sentido de que uno de los derechos del oferente de iniciativa privada es precisamente el de recibir una respuesta oportuna y de fondo a su petición, y como ocurre en todo procedimiento de la administración pública en cumplimiento del principio de la administración

compulsoria, es necesario que la entidad estatal concedente proporcione una respuesta a la solicitud presentada.

La respuesta que proporciona la entidad estatal podrá tener alguno de los siguientes contenidos:

-Declaratoria de inviable: La primera posibilidad que tiene la entidad estatal concedente respecto de la petición presentada por la particular mediante la oferta de iniciativa privada es declararla inviable, esto es rechazarla y decidir que el proyecto planteado no se habrá de ejecutar a través del sistema concesional o, por lo menos, que aún no es el momento de ejecutarlo.

Al respecto, debe señalarse que en nuestro entendimiento del sistema normativo dicha declaratoria de inviabilidad deberá ser adoptada formalmente en un acto administrativo debidamente motivado, en el cual se expliciten las razones por las cuales el análisis de las características técnicas, económicas financieras, jurídicas, ambientales y de conveniencia arrojó como consecuencia la negativa a desarrollar el proyecto planteado por el particular en su oferta de iniciativa privada.

Ahora bien: de acuerdo con el numeral 1 del artículo 7.º del Decreto 4533 de 2008, si la decisión de la administración es negar la viabilidad de la oferta de iniciativa privada, la entidad estatal concedente deberá proceder a notificar por escrito el acto administrativo que contiene esta decisión al oferente –notificación que deberá hacerse de conformidad con las reglas de los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo–, con lo cual finalizará el procedimiento administrativo especial. En efecto, a nuestro juicio y por las razones que expondremos más adelante, la redacción de la citada norma permite entender que contra dicha decisión no procede recurso alguno. En todo caso, se debe recalcar que la decisión notificada al oferente deberá ser motivada denegando todos o alguno de los aspectos mencionados previamente.

Además, en este punto, la entidad que analizó la oferta de iniciativa privada, al momento de notificar el rechazo de ella, deberá proceder a devolver al oferente la oferta presentada junto con todos los documentos anexos, y con los demás documentos y estudios recibidos durante el período de evaluación de la oferta.

En relación con esta decisión, debe hacerse notar que el parágrafo 3.º del artículo 5.º del Decreto 4533 de 2008 indica que la circunstancia de no encontrar viable la oferta de iniciativa privada no impide que la administración pueda luego iniciar un procedimiento de selección para entregar en concesión el mismo proyecto al que se refiere la oferta de iniciativa privada declarada inviable, esta vez con base en los estudios realizados por la entidad. Lo anterior implica, en el fondo, que no existirá ningún reconocimiento para aquel que tuvo la idea inicial de realizar la concesión, aun cuando sí se justificaba.

Esta posibilidad que tiene la administración de valerse de las ideas, el análisis y la información del oferente de iniciativa privada refuerza la idea de que la naturaleza de la oferta de iniciativa privada, en el ámbito negocial, es la de un documento propio de la fase de las tratativas preliminares que no genera responsabilidad alguna para las partes y, desde el ámbito puramente del procedimiento administrativo, ser una especie de petición de interés general dotada de un trámite especialísimo, pero que no genera ninguna clase de derechos adquiridos para el particular.

Finalmente, en relación con la declaración de inviable de la oferta de iniciativa privada, debe hacerse notar que de conformidad con el artículo 9.º del Decreto 4533 de 2008, en caso de que tras la presentación de la oferta sobre un proyecto determinado se presente otra oferta con contenido distinto para el mismo proyecto y la primera oferta de iniciativa privada sea declarada inviable, la administración podrá proceder a estudiar la segunda oferta, esto es la alternativa presentada, y determinar, bajo los mismos criterios, si dicha oferta alternativa es viable o no.

-Declaratoria de viable: En segundo lugar, la administración puede adoptar una conducta con signo inverso a la anterior en el sentido de que puede optar por declarar que el proyecto presentado es viable, esto es, decidir que el proyecto es susceptible de ser ejecutado mediante la celebración de un contrato de concesión de obra pública.

Esta decisión debe ser también ser motivada, y en dicha motivación ha indicarse los razonamientos y estudios que tuvo en cuenta la administración para considerar que el análisis de las características técnicas, económicas financieras, jurídicas, ambientales y de conveniencia llevó a concluir que el proyecto es útil y necesario en los términos planteados y que es el sistema concesional el más práctico para su desarrollo.

Esta decisión, según el numeral 2 del artículo 7.º del Decreto 4533 de 2008, deberá ser notificada al oferente de iniciativa privada. Al respecto, debe señalarse que aunque en la normatividad especial no se indique cómo debe ser la notificación de esta decisión, entendemos que, con base en las reglas del Código Contencioso Administrativo, dicha notificación debe hacerse de manera personal al oferente.

En cuanto a los efectos que produce la declaratoria de viabilidad de la oferta de iniciativa privada, una primera posibilidad sería la de que inmediatamente la administración decidiera celebrar el contrato de concesión con el oferente de iniciativa privada. Al respecto, la legislación colombiana, como ocurre con la de buena parte de las que regulan la materia en el derecho comparado⁴¹,

41 MORÓN URBINA. "La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: nueva perspectiva de la relación público-privada y la revisión de la noción de interés público", cit., p. 29: "En resumen, la tendencia seguida por los ordenamientos

es absolutamente clara en el sentido de señalar que la aceptación de la iniciativa privada no genera el derecho a ser el concesionario para el oferente, sino que genera la posibilidad de la administración de iniciar el procedimiento de selección legalmente aceptado para la celebración del contrato de concesión de obra, que será normalmente el de la licitación pública.

Ahora bien: frente a esa posibilidad que tiene la administración de iniciar el procedimiento de selección del concesionario de obra pública, debe señalarse que pareciera existir una contradicción entre las normas legales vigentes en Colombia en el sentido de que según lo preceptuado en la Ley 80 de 1993 puede entenderse que iniciar el procedimiento de selección es un imperativo para la administración cuando acepta la viabilidad de la oferta de iniciativa privada, mientras que según el Decreto 4533 de 2008 la administración goza de libertad para decidir si inicia o no el procedimiento.

En efecto, según el parágrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, "Presentada la oferta [...] si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, *expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación*, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2º y 3º del artículo 30 de esta ley". En este mismo sentido parece expresarse el artículo 10.º del Decreto 4533 de 2008: "Dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la notificación al oferente de iniciativa privada sobre la viabilidad de la oferta de iniciativa privada, la entidad estatal concedente elaborará el correspondiente pliego de condiciones [y] expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación y adelantará la misma en los términos contemplados en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993".

Por otro lado, el numeral 2 del artículo 7.º del Decreto 4533 de 2008 señala que cuando la entidad estatal concedente concluye que la oferta de iniciativa privada es viable, "la administración [...] podrá proceder a adelantar el proceso de selección del concesionario mediante la modalidad de la licitación en los términos contemplados en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993" y el parágrafo 2.º del mismo artículo 7.º, en igual línea, indica que "la declaratoria de viabilidad de una oferta de iniciativa privada *no genera obligación para la entidad estatal concedente de dar apertura al proceso de selección*".

Frente a esta aparente contradicción entre las reglas aplicables a la iniciativa privada en materia de concesión de obra pública, entendemos que una vez declarada la viabilidad del proyecto, en principio, la administración debe iniciar el procedimiento de selección. No obstante, también creemos que las normas que hacen referencia expresa a la ausencia de obligación de iniciar el procedimiento de selección obedecen a la circunstancia de que la administra-

jurídicos regionales es seguir un procedimiento competitivo luego de aprobada la iniciativa privada, de tal suerte que se conducen hacia lo que denominan una licitación o un concurso provocado por el iniciador".

ción realice, tras la declaratoria de viabilidad de la iniciativa privada, estudios con base en los cuales advierta que no resulta razonable ejecutar el proyecto en general, o ejecutarlo mediante el sistema concesional.

En relación con el aspecto planteado, debe señalarse que se trata de una situación similar a la que ocurre con la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones, en la cual, como lo señalaba el derogado artículo 1.º del Decreto 2170 de 2002 y se encuentra actualmente vigente en el inciso segundo del artículo 9.º del Decreto 2474 de 2008, "la publicación del proyecto de pliego de condiciones no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección".

En consecuencia, a nuestro juicio, la aparente contradicción se resuelve con la conclusión de que la declaratoria de viabilidad de la oferta de iniciativa privada sí genera la obligación para la entidad estatal concedente de iniciar el procedimiento de selección, pero dicha obligación cesa si los estudios y valoraciones posteriores la llevan a concluir que el proyecto no debe ser desarrollado o que no es el mecanismo concesional el idóneo para llevarlo a cabo.

Finalmente, debe señalarse que al declarar viable la entidad estatal el proyecto de concesión, la administración acudirá a una etapa de planeación del procedimiento de selección, teniendo en cuenta lo normado en el artículo 10.º del Decreto 4533 de 2008, como lo analizaremos en detalle más adelante.

-Ausencia de respuesta: La tercera y última posibilidad que, aunque no se encuentre prevista ni en la Ley 80 de 1993 ni en el Decreto 4533 de 2008, es posible que ocurra, se refiere a la inactividad de la administración pública en el sentido de que no se obtenga respuesta alguna de parte de la entidad estatal concedente, dentro del período fijado por la normatividad.

En esta situación, tomamos como referencia el artículo 112.5 de la ley de contratos del sector público, el cual, de la misma manera en que lo hacía la ley reguladora del contrato de concesión de obras pública, con buen criterio, concede el silencio administrativo negativo como respuesta a la solicitud⁴².

Teniendo en cuenta que la normatividad colombiana no se encarga de definir cuál sería el resultado de una falta de respuesta de la entidad estatal concedente, para solucionar el punto se debe acudir al Código Contencioso Administrativo, que en el artículo 40 indica que el silencio administrativo

42 No obstante la claridad de las normas y ante la existencia de la regla general del silencio administrativo positivo en los procedimientos administrativos, en España se ha presentado una cierta discusión frente a si lo adecuado es el silencio administrativo negativo o el positivo, teniendo en cuenta todo el gasto en el que incurre el particular para presentar la iniciativa. Para mayor desarrollo de este punto, cfr. CASARES MARCOS. *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, cit., p. 301, y RAFAEL DOMÍNGUEZ OLIVERA. "Las nuevas modalidades contractuales introducidas por la Ley (arts. 130 a 134 y 226)", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ. *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública*, cit., p. 146.

negativo es la regla general ante la inactividad de la administración frente a un derecho de petición⁴³.

El término para la aplicación del silencio administrativo negativo sería el mismo que tiene la entidad estatal concedente para decidir, el cual fue analizado en detalle más atrás, lo cual no implica que el particular no pueda esperar a obtener respuesta por parte de dicha entidad, en la medida en que ésta no pierde la competencia para decidir.

Frente a cualquiera de los tres contenidos que pueda tener la decisión sobre la oferta de iniciativa privada, consideramos que en ningún caso proceden recursos en la vía gubernativa. Para llegar a esta conclusión debe tenerse en cuenta que, como lo señalamos atrás, la naturaleza jurídica de la oferta de iniciativa privada es la de un documento de la fase de tratativas preliminares que se asimila a un derecho de petición de carácter general, lo cual implicaría que la decisión que resuelva esta petición también tendría el mismo carácter general. Lo anterior es tan cierto que el acto complementario a esa decisión general es otra decisión administrativa de carácter general, como lo es la expedición del acto administrativo de apertura del procedimiento de selección.

Ahora bien: teniendo en cuenta lo expresado en el sentido de que la decisión que resuelve el procedimiento es un acto de contenido general, según el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, contra esta clase de actos no proceden recursos en la vía gubernativa, lo cual corrobora la idea de que una vez proferida la decisión en cualquiera de los tres sentidos mencionados, en ese momento finaliza el procedimiento administrativo especial.

e. La publicidad de la documentación presentada por el oferente de iniciativa privada

Respecto de la documentación allegada, cabe anotar que el artículo 5.º del Decreto 4533 de 2008 resuelve de manera anticipada un problema que se ha producido en el derecho comparado en relación con la confidencialidad o el carácter público de la información proporcionada por el particular en su oferta de iniciativa privada, en el sentido de aceptar que dicha información y documentación es pública, salvo en los aspectos en que la ley la protege.

En el derecho español, aun desde antes de la aprobación de la ley de contratos del sector público, en vigencia de la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas, se ha producido una controversia que permanece vigente en la nueva normatividad por la similar redacción de sus textos: la publicidad y la

43 En este sentido lo manifiesta la doctrina especializada sobre el silencio administrativo negativo: "Es la regla general. Ante toda ausencia de pronunciamiento de la administración respecto de la cual no se hubieren establecido efectos especiales, se presume que el transcurso del tiempo produce un acto con efectos negativos" (JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Acto administrativo, 4.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 253).

transparencia durante el procedimiento de selección y la posterior contratación *versus* la confidencialidad de la información entregada a la administración pública. Es decir, la doctrina se pregunta si se debe privilegiar el secreto de la idea del particular o si, en cambio, debe privilegiarse el principio de publicidad de manera tal que todos puedan conocer su contenido⁴⁴.

Frente a esa controversia, la doctrina ha resuelto la cuestión a favor de la publicidad y la transparencia teniendo en cuenta la igualdad de trato, principio que debe regir la contratación de la administración pública, no sólo en virtud de las reglas del derecho español sino como consecuencia de los mandatos comunitarios. Es decir, el hecho de que el oferente de iniciativa privada tenga una idea innovadora en el mercado no es motivo para no permitir el acceso a la información relativa al contrato que se ha de celebrar, puesto que el único beneficiado en esa situación sería el oferente⁴⁵.

En Colombia, como ya lo indicamos, el artículo 5.º del Decreto 4533 de 2008 dispuso que el oferente, al presentar el proyecto de iniciativa privada, no gozaba de exclusividad ni confidencialidad sobre la oferta, puesto que los estudios y los documentos allegados con la oferta son públicos, salvo aquellos que el oferente solicite que se guarde confidencialidad porque las leyes vigentes lo permitan.

Es una solución acertada, en nuestra opinión, ya que hace primar la igualdad y la transparencia en aras del interés general, el cual en el caso concreto se representa en que todos puedan acceder al procedimiento de selección en las mismas condiciones, al mismo tiempo que limita el interés particular –del oferente–, pero sólo en lo que se refiere a la información que no deba ser protegida por leyes vigentes.

Sin embargo, indagando por las posibilidades que se pueden generar por la inclusión de este artículo –con una perspectiva que reconocemos como negativa y, desde cierto punto de vista, especulativa–, puede que se abra la puerta a políticos y funcionarios públicos que utilicen este precepto para conocer la

44 ANABELÉN CASARES MARCOS, en España, define la cuestión así: "Me refiero, en concreto, al equilibrio que deberá procurar el sector público para garantizar la conciliación, de un lado, de los principios de transparencia y publicidad en la celebración del contrato, y, de otro, la confidencialidad y el deber de secreto de las informaciones presentadas a la Administración por los particulares, especialmente si éstas se refieren a aspectos técnicos o innovadores cuya difusión pueda dar lugar al perjuicio de la posición competitiva en el mercado del sujeto que ejerce la iniciativa privada". Cfr. CASARES MARCOS. *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, cit., pp. 314 y ss.

45 En el derecho peruano, la tensión se ha resuelto a favor de la confidencialidad de la información hasta tanto no sea calificada la oferta de iniciativa privada por la administración concedente, situación que a nuestro juicio refleja un adecuado equilibrio entre la protección de la idea del particular y el principio de publicidad y transparencia (Cfr. RICHARD MARTÍN TIRADO. "Las iniciativas privadas en el proceso de promoción de la inversión en el Perú", en *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, n.º 2-2007, Lima, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo y Grijey, 2007, pp. 26 y ss.).

idea de iniciativa privada y no declararla viable, para luego abrir otro procedimiento de selección con la realización de estudios por parte de la entidad estatal y celebrar un contrato novedoso, sin darle crédito al oferente que se lo merece, ni el reembolso que garantiza el mismo Decreto 4533 de 2008.

3. La planeación o preparación del procedimiento de selección y del contrato: la configuración definitiva de las características del proyecto y del contenido y régimen del contrato

Cuando la entidad estatal concedente toma la determinación de declarar la viabilidad de la oferta de iniciativa privada, para la selección del concesionario que habrá de ejecutar el proyecto, deberá iniciarse el procedimiento de selección aplicable, que será, normalmente, una licitación pública.

Sin embargo, antes de la iniciación y tramitación del procedimiento de selección, la administración deberá realizar una adecuada planeación o planificación del contrato, pues lo cierto es que no obstante que el proyecto viene preconfigurado por el particular que tiene la iniciativa, ello no exonera a la administración de hacer los estudios necesarios para confrontar la precisión de la información entregada por el particular, ni tampoco le impide hacer los ajustes al proyecto que considere necesarios.

En efecto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal debe elaborar los pliegos de condiciones que regirán el procedimiento licitatorio. Ahora bien: como se sabe, para la elaboración correcta de los pliegos de condiciones deben surtirse unos pasos previos, que reflejan la adecuada planeación del contrato.

Es así como, según el parágrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, una vez otorgada la viabilidad a la oferta de iniciativa privada, la entidad estatal concedente "expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2º y 3º del artículo 30 de esta ley", lo cual implica, de suyo, que la administración debe hacer la adecuada planeación del contrato de concesión y cumplir con la publicidad propia de los procedimientos de licitación pública.

En concordancia con la norma legal mencionada, el numeral 2 del artículo 7.º del Decreto 4533 de 2008 señala que una vez declarada la viabilidad de la oferta de iniciativa privada la entidad estatal concedente podrá iniciar el procedimiento de selección, cumpliendo las reglas de los numerales 2 y siguientes del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y, de la misma manera, el artículo 10.º del mismo decreto obliga a la administración a la redacción de un pliego de condiciones.

Es decir, tanto la norma legal como su decreto reglamentario obligan a la administración a realizar una adecuada planificación del procedimiento de selección y del contrato, en la cual podrán introducir todos los ajustes que consideren pertinentes al proyecto presentado con la oferta de iniciativa pri-

vada declarada viable, pues, al fin y al cabo, quien asume la responsabilidad de ser la concedente es la administración, razón por la cual debe tener toda la libertad de configuración del pliego de condiciones y aun del contrato, de tal manera que el proyecto entregado en concesión se ajuste exactamente a las necesidades de la administración y ésta pueda ejercer la vigilancia y el control adecuados.

Teniendo en cuenta lo anterior, encontramos absolutamente acertada la disposición del artículo 8.º del Decreto 4533 de 2008, conforme a la cual,

[...] a través de los pliegos de condiciones, la entidad estatal concedente podrá, sin que por ello pierda su característica del proyecto de iniciativa privada, realizar al proyecto los ajustes y modificaciones que considere necesarios, siempre que no impliquen un cambio sustancial en el alcance y características del proyecto, y podrá establecer los requisitos de participación o elegibilidad que considere adecuados para el cumplimiento de los fines estatales.

Esta facultad concedida a la administración tiene origen en la obligación reconocida por parte del Consejo de Estado respecto de la planeación de los contratos de la administración pública⁴⁶, así como la previsión del artículo 3.º del Decreto 2474 de 2008 que se refiere a la obligación de realizar los estudios previos. En ese sentido, aun cuando el oferente de iniciativa privada haya realizado una labor excelente en los estudios entregados con la oferta, nada impide que la entidad estatal encuentre o considere alternativas respecto de algunos aspectos entregados en el proyecto.

En ese orden de ideas, en cumplimiento del artículo 3.º del Decreto 2474 de 2008, deben elaborarse los correspondientes estudios previos, cuyo contenido se obtendrá principalmente del proyecto presentado por la persona que tiene la iniciativa privada, junto con los ajustes que discrecionalmente considere relevantes la administración y con el cumplimiento de los requisitos presupuestales y de otros órdenes impuestos por la ley, como bien se desprende del inciso segundo del artículo 10.º del Decreto 4533 de 2008.

La importancia de estos estudios previos se encuentra en que con base en ellos tanto el oferente de iniciativa privada como los futuros proponentes pueden tener claras las razones por las cuales la administración redactó de tal manera los pliegos de condiciones y a qué obedece la particular distribución

46 En relación con la obligación de planeación del contrato, cfr.: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1998, expediente: 10.439 (CP: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ); CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2002, radicación 1429 (CP: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO); CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente 14.287 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ), y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ).

de riesgos planteada en ellos, pues nunca debe perderse de vista que dicha distribución es la nota más característica de los contratos de concesión.

Ahora bien: la ejecución de la obligación de la entidad estatal de realizar una debida planeación verificando que se dé cumplimiento lo establecido en el artículo 3.º del Decreto 2474 de 2008 lleva a que eventualmente las modificaciones que deba realizar sobre el proyecto de iniciativa privada sean realmente sustanciales.

Para estos efectos, los párrafos 1.º y 2.º del artículo 8.º del Decreto 4533 de 2008 indican que serán sustanciales las modificaciones al proyecto que impliquen una alteración en más de un 25% de uno o todos los aspectos que a continuación reseñamos: 1. la cantidad y valor de las obras; 2. los plazos del proyecto ó 3. los aportes esperados del Estado. En este caso, la entidad podrá estructurar un nuevo proyecto que, por obvias razones, no deberá tramitarse por el mecanismo de la iniciativa privada, sino que seguirá las reglas comunes de planeación de todos los procedimientos de selección de contratistas.

Además de la elaboración de los estudios previos, antes de la iniciación del procedimiento de selección la entidad estatal concedente también deberá proceder a confeccionar los pliegos de condiciones que regirán dicho procedimiento y conformarán el contenido del contrato de concesión. Para la elaboración de los pliegos de condiciones, la entidad estatal cuenta con un término de seis meses contados desde la notificación al oferente de iniciativa privada de la declaratoria de viabilidad de su oferta, que podrán ser ampliados hasta por tres meses adicionales.

Para la elaboración del pliego de condiciones, según lo dispuesto por el artículo 10.º del Decreto 4533 de 2008, la entidad estatal concedente deberá sustentarse en "los estudios entregados por el oferente y en los estudios de validación que ella hubiere efectuado", junto con los estudios previos definitivos que previamente debió haber elaborado. Además, prevé la citada norma, con buen criterio a nuestro juicio y respetando la idea de que en el derecho colombiano es la distribución de los riesgos la nota distintiva del contrato de concesión, que en los pliegos deberá incluirse la distribución de los riesgos previsibles asociados al proyecto de concesión.

Una vez elaborado el proyecto de pliegos de condiciones, éste debe ser publicado en el Portal Único de Contratación, a fin de recibir las observaciones de los interesados y, con base en ellas, elaborar el pliego de condiciones definitivo, en el cual se recojan todos los aspectos propios de la planeación del contrato de concesión.

No obstante, antes de llegar al último paso en el procedimiento de la iniciativa privada, una vez encontrada viable la oferta y realizada la planeación por parte de la entidad estatal concedente, el párrafo 2.º del artículo 12 del Decreto 4533 de 2008 obliga a que el oferente presente una

[...] póliza que ampare la calidad de los estudios realizados por una vigencia mínima de tres (3) años, según lo considere la entidad, contados a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato de concesión que se suscribirá como fruto de la licitación. En cualquier evento, el oferente de iniciativa privada deberá responder ante el futuro concesionario por la calidad e idoneidad de los estudios.

Por tanto, según la norma transcrita, será el oferente de iniciativa privada quien asuma la responsabilidad por la inexactitud o por los errores en los estudios que llevaron a la celebración del contrato de concesión. Al respecto, debe precisarse que la responsabilidad del oferente de iniciativa privada únicamente se limita a su proyecto de iniciativa privada y a la información por él suministrada, pero no se extiende a las modificaciones que la entidad introduzca en el proceso de elaboración de los estudios previos y de los pliegos de condiciones.

La anterior previsión normativa nos conduce a preguntarlos cuál es la función que cumple la etapa de análisis de viabilidad y posterior planeación por parte de la entidad estatal. Al respecto, consideramos que dicha declaratoria y la suscripción de los estudios previos y el pliego de condiciones definitivo no se quedan en un acto meramente formal, sino que trascienden y le trasladan en parte la responsabilidad a la administración pública.

En este sentido, sería razonable hablar de la existencia de una especie de concurrencia de culpa entre el oferente de iniciativa privada y la administración —o a quien ésta delegó la elaboración de los estudios de viabilidad o modificación no sustancial del proyecto—, en la medida en que la entidad estatal se encarga de revisar a fondo el proyecto presentado por un suficiente de tiempo y tiene aun más tiempo para la elaboración de los estudios previos y el pliego de condiciones definitivo.

Con la interpretación adecuada de este párrafo que proponemos, creemos que puede evitarse que la presentación de la oferta de iniciativa privada se convierta en patente de corso para la entidad estatal concedente para eximirse de toda responsabilidad por la indebida planeación, aun cuando ella también hizo parte de la misma etapa.

Pero, además, debe hacerse notar que este precepto si bien obliga al oferente a empeñarse para la elaboración adecuada de una oferta de iniciativa privada sin errores, en el fondo, también genera una especie de desincentivo a los interesados en presentar iniciativas privadas, ya que, aun cuando se somete a una revisión profunda por parte de la entidad estatal concedente o un contratista especializado en el tema, la entidad o el contratista parecerían eximirse de toda responsabilidad.

4. Iniciación y trámite del procedimiento de selección: la selección definitiva del concesionario de obra pública

Una vez cumplidos los pasos previos propios de la fase de planeación y obtenidas las autorizaciones necesarias, la entidad estatal debe proferir el acto administrativo de apertura del procedimiento de selección y tramitarlo, si se trata de una licitación pública como ocurrirá normalmente, de acuerdo con todos los pasos señalados en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Al respecto debe precisarse que el acto administrativo de apertura deberá cumplir con los diversos requisitos fijados por el artículo 5.º del Decreto 2474 de 2008.

En relación con el trámite del procedimiento de selección, como especialidades reguladas por las normas vigentes, en primer lugar debe hacerse notar que el inciso segundo del párrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 específicamente autoriza la presentación de ofertas alternativas en los términos del artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993, lo cual implica que los proponentes dentro del procedimiento de selección pueden presentar alternativas técnicas o económicas que, a su criterio, permitan ejecutar de mejor manera el proyecto planteado por la administración, alternativas que no podrán contener condicionamientos para la adjudicación del procedimiento de selección.

En concordancia con esa previsión legal, el artículo 9.º del Decreto 4533 de 2008, al referirse a las ofertas alternativas, indica en su inciso segundo que en la licitación que se inicie como consecuencia de la declaratoria de viabilidad de una oferta de iniciativa privada es perfectamente posible presentar propuestas alternativas o excepciones técnicas o económicas, siempre y cuando ellas no impliquen condicionamientos para la adjudicación.

En segundo lugar, en relación con el trámite del procedimiento de selección, debe hacerse notar que como se desprende inequívocamente del artículo 11 del Decreto 4533 de 2008, el hecho de haber tenido la iniciativa del proyecto de contrato de concesión no exonera al particular de presentar una propuesta que se ajuste a los estrictos términos del pliego de condiciones, lo cual es absolutamente lógico toda vez que la administración pudo haber incluido modificaciones al proyecto planteado en la oferta de iniciativa privada que supongan que el particular oferente debe replantear de cierta manera su posición ante la entidad estatal concedente.

En otras palabras, para que cualquier sujeto sea el adjudicatario del procedimiento, incluyendo a quien tuvo la iniciativa privada, deberá presentar la oferta más favorable a los intereses de la entidad, de acuerdo con las exigencias contenidas en los pliegos de condiciones.

Finalmente, debe recordarse que según se desprende del artículo 11 del Decreto 4533 de 2008 y como lo explicamos en detalle atrás, en caso de que el oferente de iniciativa privada decida cambiar su composición al momento de presentar la propuesta en el procedimiento de selección de contratistas,

éste deberá solicitar autorización a la entidad estatal para el efecto, pues de otra manera su oferta será rechazada.

5. La definición del procedimiento de selección y la situación jurídica del oferente de iniciativa privada

No obstante el novedoso sistema inaugurado por el parágrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que pretende incentivar la intervención de los particulares en el desarrollo de la infraestructura pública, dicho sistema no ha tenido una aplicación práctica muy exitosa, en la medida en que éste no ha sido utilizado en la realidad o, por lo menos, los autores no conocen aplicaciones prácticas de él.

A nuestro juicio, la anterior situación obedece a que los oferentes de iniciativa privada no gozan realmente de una protección eficaz de sus proyectos, en especial cuando el oferente del proyecto no es el adjudicatario del procedimiento de selección. En otras palabras, el sistema ideado a partir de la Ley 80 de 1993 no sólo carece de incentivos sino que tampoco protege el trabajo del oferente de iniciativa privada que es vencido en el procedimiento de selección, situación que parece explicar las razones por las cuales dicho sistema no ha tenido aplicaciones prácticas conocidas.

Es evidente que quien presenta un proyecto de contrato de concesión a estudio de la administración ha hecho una inversión cuantiosa en su elaboración, así como en la participación en el procedimiento de selección, pero también lo es que por el simple hecho de haber presentado una propuesta no tiene derecho a ser adjudicatario, en la medida en que la administración no puede privarse de la oferta más favorable a sus intereses.

En este sentido, debe señalarse si bien ambas inversiones mencionadas pueden ser entendidas como un simple costo de oportunidad, la primera de ellas excede las cargas que comúnmente se asignan a los particulares en los tratos preliminares a un contrato con la administración, de tal manera que dichas inversiones merecen, a nuestro juicio, una protección adicional por parte del ordenamiento jurídico.

Según lo enseñan experiencias internacionales, esa protección puede consistir en 1. una especie de compensación económica ó 2. en beneficios dentro del procedimiento de selección, tales como preferencias en caso de empate o puntos adicionales en la calificación de la propuesta⁴⁷. No obstante, como se advierte en los ejemplos citados a continuación, la protección más común se refiere a la compensación económica por la elaboración de los estudios.

47 Cfr. MORÓN URBINA. "Las concesiones de infraestructura a iniciativa del inversionista", cit., pp. 160 y ss., y MARTÍN TIRADO. "Las iniciativas privadas en el proceso de promoción de la inversión en el Perú", cit., p. 25.

Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español se reconoce que en el supuesto de que el autor de la iniciativa privada no haya resultado adjudicatario de la licitación tendrá derecho "al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 5 por ciento como compensación" (cfr. artículo 112.5 de la Ley 30 de 2007, sobre contratos del sector público). En el derecho peruano, para el mismo caso también "se reconocerán a favor de aquel que presentó la iniciativa privada, los gastos incurridos en la formulación previa de los estudios", según lo establece el literal a del artículo 7.º de la Ley 28059, ley marco de la promoción de la inversión descentralizada, lo cual es ratificado por el artículo 19 del Decreto Supremo 015-2004-PCM, modificado por el artículo 1.º del Decreto Supremo 013-2007-PCM, reglamentarios de la ley mencionada. En Costa Rica, el artículo 33.1 del Decreto 31836-MOPT señala que los costos de desarrollo del proyecto, esto es, los costos de elaboración de la iniciativa privada deben ser asumidos por el concesionario, de acuerdo con los valores fijados en el respectivo pliego de condiciones.

A su vez, en el derecho chileno se consagra que el postulante de la iniciativa privada tiene derecho al reembolso del costo de los estudios que debió realizar para presentar la proposición, que será pagado por la administración, salvo cuando el proyecto se adjudique por el mecanismo de la concesión, caso en el cual el pago corresponderá al concesionario (cfr. artículo 8.º del Decreto 956 de 1999). Así mismo, en este derecho se permite que el postulante obtenga un beneficio que supone un premio representado en un puntaje adicional en el procedimiento de selección, correspondiente a un porcentaje sobre el valor ofertado, el cual varía dependiendo del monto de la inversión de particular (cfr. artículo 10.º *ibídem*).

En el derecho argentino, el artículo 10.º del anexo 1 al Decreto 966 de 2005 señala: "El autor de la Iniciativa Privada, en el supuesto de no ser seleccionado, tendrá derecho a percibir de quien resultare adjudicatario, en calidad de honorarios y gastos reembolsables, un porcentaje del uno por ciento (1%) del monto que resulte aprobado en los términos del artículo 5º del presente anexo", esto es, del valor total del proyecto. Además, en el artículo 8.º *ibídem* se prevé que en caso de empate se preferirá la oferta del particular que presentó la iniciativa privada y en el artículo 9.º se le autoriza para que mejore la oferta presentada, como mecanismos de compensación por haber presentado la iniciativa.

En Uruguay, se prevé que el oferente de iniciativa privada "tendrá como único beneficio el derecho al cobro de una compensación por única vez equivalente al costo efectivamente incurrido en el país, comprobado y debidamente documentado y facturado en la etapa previa", el cual deberá ser pagado por el adjudicatario en caso de que dicho oferente no se presente al procedimiento de selección o que no resulte siendo el adjudicatario (cfr. artículo 19 del Decreto 442 de 2002). Así mismo, en el citado ordenamiento jurídico se permite

que el promotor se beneficie con un cierto porcentaje sobre el valor ofertado, permitiéndole así obtener un puntaje adicional (cfr. artículo 16.2 *ibídem*).

Finalmente, en el derecho venezolano, el artículo 18 del Decreto 318 de 1999, que contiene las normas orgánicas sobre promoción de la inversión proada bajo el régimen de concesiones, señala que uno de los derechos del proponente privado, al participar en la licitación, consiste en que "su oferta económica o la del grupo que integre, será premiada con un incremento de hasta diez por ciento (10%) final obtenido", así como el reembolso de "los gastos en que hubiere incurrido para la formulación de la propuesta y la elaboración del proyecto".

Expuestos los anteriores ejemplos, debe señalarse en relación con el segundo tipo de protección mencionado, esto es, los premios, bonos o beneficios dentro del procedimiento de selección, que, para nosotros, ellos parecen desconocer el principio de igualdad que es un principio fundamental aplicable a toda clase de procedimientos de selección de contratistas y, desde un punto de vista práctico, parecen desincentivar la competencia, la participación en los procedimientos de otros particulares que eventualmente pueden llegar a presentar a la administración mejores ofertas⁴⁸.

En efecto, la violación del principio de igualdad por cuenta de este mecanismo de incentivos se produce porque no todos los proponentes estarán en la mismas condiciones al iniciarse el procedimiento de selección, en la medida en que uno de ellos tendrá más puntos desde el principio o ventajas superiores a los demás (en el caso del empate), lo cual desconoce la idea de que los proponentes, en todo momento del procedimiento, deben estar en las mismas condiciones, gozar de los mismos beneficios y deben ser tratados como iguales⁴⁹.

48 Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, "30.4.2004 COM (2004) 327 final", n.º 41: "A fin de que el sistema conserve un aspecto atractivo, los Estados miembros han tratado de incentivar la toma de iniciativas. Se ha hecho uso de la posibilidad de retribuir al iniciador del proyecto, por ejemplo, retribuyendo su iniciativa, sin relación con la convocatoria posterior. Además, también se ha planteado la posibilidad de conceder al iniciador determinadas ventajas, que podrá hacer efectivas durante la convocatoria destinada al desarrollo del proyecto seleccionado. Estas soluciones merecen ser estudiadas atentamente, para evitar que las ventajas competitivas que se conceden al iniciador del proyecto rompan la igualdad de trato de los candidatos".

49 Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001, expediente 12.037 (CP: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ), y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 11 de abril de 2002, expediente 12.294 (CP: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ). Cfr. asimismo: JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 447 y ss., y 545 y ss.

A su vez, los eventuales competidores pueden no participar en el procedimiento y, con ello, la administración privarse de ofertas que pueden tener mejores condiciones que las presentadas por el proponente del proyecto. Este desestímulo a la participación se produciría precisamente porque el hecho de entrar en desventaja frente al proponente del proyecto puede generar como efecto inmediato que otros particulares decidan no participar, por considerar que no valen la pena esos esfuerzos adicionales.

Por lo tanto, encontramos con agrado lo dispuesto por el artículo 3.º del Decreto 4533 de 2008, según el cual "la presentación de una oferta de iniciativa privada no genera derecho alguno a quien la presenta diferente de los consagrados en el presente decreto". De esta manera, los únicos derechos que se encuentran en el citado Decreto 4533 de 2008 son los que se explican a continuación.

En este sentido, la primera pregunta que aparece es si el oferente de iniciativa privada tiene alguna clase de derechos inmateriales sobre los estudios y demás documentos que conforman el proyecto puesto a consideración de la entidad estatal concedente. Al respecto, a nuestro juicio, la simple idea del proyecto no da lugar al reconocimiento de derechos de autor, propiedad intelectual u otra clase de derechos inmateriales a favor del oferente, pues no se trata de la creación de un producto nuevo, sino simplemente de la identificación de una necesidad pública y de la presentación de la idea de explotación de una obra pública económica y socialmente rentable, la cual tampoco es completa, pues como lo vimos, la administración siempre goza de la posibilidad de modificar el proyecto presentado por el particular⁵⁰.

El reconocimiento de esta idea se encuentra implícito en el artículo 5.º del Decreto 4533 de 2008, que niega toda clase de exclusividad sobre la oferta de iniciativa privada e, incluso, la hace pública. Obviamente, insistimos en que esto debe entenderse sin perjuicio de la información reservada o sobre la cual sí recaiga protección y confidencialidad, la cual no podrá ser revelada por la administración concedente.

Por otra parte, de cierta manera ligada con lo anterior, aparece una segunda inquietud sobre los derechos que surgen para el oferente de iniciativa privada, en el sentido de si la presentación de la oferta da lugar al surgimiento a exclusividad para sí de la idea o, al menos, de una prelación. Sobre este punto, debemos comenzar por señalar que, como lo indicamos en el párrafo anterior, la presentación de la oferta no da lugar a exclusividad alguna para el particular.

50 Cfr. MORÓN URBINA. "Las concesiones de infraestructura a iniciativa del inversionista", cit., p. 167: "En nuestra consideración no es posible hablar de propiedad intelectual sobre el objetivo de la iniciativa (la necesidad pública de infraestructura o de servicios identificada por el iniciador aunque aquella necesidad no hay sido formalmente definida por la administración) ni sobre el tipo de objeto sobre el que recaerá el contrato a provocarse con la iniciativa (la construcción de una obra determinada o la prestación del servicio mismo)".

Ahora bien: frente al derecho a la prelación, debe señalarse que el artículo 9.º del Decreto 4533 de 2008 dispone que el oferente de iniciativa privada goza de prelación en cuanto a la tramitación del proyecto presentado. Es decir que si más de un particular presenta alternativas distintas para el desarrollo por el sistema concesional del mismo proyecto, se reconoce que el primero de ellos que haya presentado la oferta de iniciativa privada tendrá prelación sobre los demás. De esta manera, puede afirmarse que el primer derecho efectivamente reconocido por la reglamentación vigente es el de prelación en la tramitación de la oferta de iniciativa privada.

El otro derecho que reconoce la reglamentación sobre las iniciativas privadas en Colombia es el reembolso de los gastos en que efectivamente incurrió el oferente de iniciativa privada para la presentación del proyecto a la entidad estatal concedente.

En efecto, en el derecho colombiano se optó por acoger el reconocimiento del primer tipo de estímulos a la presentación de las iniciativas privadas mencionados atrás. Al respecto, consideramos que es una decisión correcta de la reglamentación, ya que a nuestro juicio esta clase de estímulos sí parece lograr el cometido de incentivar a los particulares a presentar proyectos de concesión de obra pública, sin entrar a menoscabar derechos y garantías de los demás proponentes dentro del correspondiente procedimiento de selección del concesionario.

En virtud de este mecanismo de compensación, el particular proponente del proyecto que no sale favorecido con la adjudicación del procedimiento de selección (obviamente bajo el entendido de la adjudicación fue correcta según lo ordenado en la ley) recibe una compensación por el esfuerzo en que incurrió y del cual se vale la administración para efectos de adjudicar la concesión.

Se trata del pago justo por el trabajo ejecutado, el cual evidentemente excede el simple costo de oportunidad para participar en un procedimiento de selección, por una parte, en la medida de que se trata de la concepción de todo un proyecto de desarrollo de infraestructura y, por otra, porque se trata de una inversión que desconoce el principio de igualdad en las cargas públicas ya que el proponente vencido no sólo gastó lo que normalmente se invierte en la licitación, sino que invirtió un dinero adicional que no tuvieron que invertir los otros proponentes.

Seguramente, estas habrán sido, entre otras, las razones consideradas por el Gobierno Nacional al incluir el artículo 12 del Decreto 4533 de 2008, supliendo la omisión en la reglamentación detallada por parte de la Ley 80 de 1993. La citada norma dispone:

En el evento en que el contrato se adjudique a un proponente diferente al oferente de iniciativa privada que dio origen a la licitación, el adjudicatario deberá reembolsarle al oferente de iniciativa privada el valor de los estudios que éste haya realizado, así como la valoración del contrato de concesión vigente, de

acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 del presente decreto, cuando fuere el caso, en la forma, modo y plazo que se establezca en el pliego de condiciones.

Ahora bien: para comprender adecuadamente esta norma es lógico que el reglamento también fije el mecanismo para determinar el valor que debe pagar el adjudicatario, que debe quedar reflejado en el pliego de condiciones. Con esta finalidad, se exige al oferente de iniciativa privada que con su oferta presente el valor de los estudios realizados, de conformidad con "criterios objetivos teniendo en cuenta precios del mercado de la consultoría a costos reembolsables del sector público a que pertenece la entidad estatal concedente", los cuales deberán ser revisados por la administración y pueden ser ajustados en caso de que no atiendan al mencionado criterio.

De esta manera, aparecen tres posibilidades en relación con la terminación del procedimiento y el reembolso o la compensación que recibiría el oferente de iniciativa privada:

1. Que sea declarada inviable la oferta de iniciativa privada, caso en el cual no recibirá compensación alguna por los estudios realizados. Es solución resulta lógica al entender que el proyecto de iniciativa privada no cumplía con los requerimientos mínimos para dar lugar a la celebración del contrato de concesión.

2. Que el oferente de iniciativa privada no se presente en el procedimiento de selección o no sea escogido como adjudicatario. En esta situación el encargado de compensar al oferente por los estudios realizados será el adjudicatario del proceso de selección, de acuerdo con el monto fijado en los pliegos de condiciones.

3. Que el oferente sea declarado adjudicatario, lo cual implica que no deba reconocerse ningún valor por la presentación de la oferta, puesto que, en realidad, este es el verdadero motivo por el cual el oferente presenta el proyecto de iniciativa privada: celebrar el contrato de concesión. Además, de una perspectiva jurídica, si se aceptara que surge el derecho al reembolso de los costos de elaboración del proyecto, la obligación a cargo del concesionario se extinguiría por confusión, toda vez que en la misma persona confluirían las calidades de acreedor y deudor, pues no debe olvidarse que quien presenta la oferta de iniciativa privada debe ser el mismo que presenta la propuesta en el procedimiento de selección.

Frente al sistema de reembolso consagrado en el Decreto 4533 de 2008, como primera observación, debe señalarse que éste implica un simple reembolso de gastos y no da lugar al pago de una utilidad al oferente de iniciativa privada. Respecto de esta posibilidad, podemos citar la Ley de Contratos del Sector Público de España (Ley 30 de 2007), en cuyo artículo 112.5 se le garantiza al

oferente vencido el reembolso del valor de los estudios más un 5% del valor de éstos, como recompensa por la presentación de la iniciativa. Esta es una disposición que, si bien no vulnera el derecho de igualdad en el procedimiento de selección, logra el pago de una cierta utilidad al oferente, lo cual podría ser útil de acoger en el derecho colombiano con las modulaciones a que haya lugar, a fin de incentivar la presentación de proyectos de iniciativa privada.

No obstante, también podría pensarse –como lo argumentan algunos– que este mecanismo lleva a enriquecer injustamente al particular que resultaría dispuesto a presentar cualquier clase de iniciativa privada que se le ocurra, aun sin fundamento, sólo en busca de la mencionada recompensa. Frente a esta idea, no constituye nada distinto de una razón adicional a favor de la utilización de este mecanismo, puesto que, primero, incentiva la presentación de proyectos de iniciativa privada y, en realidad, la finalidad de este mecanismo es que se contribuya con la planeación y realización de infraestructura⁵¹, y, segundo, no representa un valor desmedido para tomar como recompensa al oferente, sino simplemente el reconocimiento de una utilidad razonable para el oferente por su idea⁵².

Ahora bien: como segunda observación, no encontramos de buen recibo el tratamiento que se le ha dado tanto en el Decreto 4533 de 2008 como en buena parte de la legislaciones extranjeras al tema del responsable de asumir los costos de elaboración de la oferta de iniciativa privada.

Al respecto, consideramos que el encargado de realizar esta compensación debería ser la entidad estatal concedente, pues imponer esa carga al adjudicatario también implicaría una violación al derecho a la igualdad, toda vez que en la estructura de costos de la oferta deberá incluirse este aspecto por todos los proponentes distintos de aquel que presentó la oferta de iniciativa privada, lo cual constituye una especie de ventaja sobre los demás. Es decir, el hecho de que el adjudicatario sea quien debe pagar los costos de la iniciativa privada podría implicar una vulneración de la igualdad entre proponentes, toda vez que quien fue el oferente de iniciativa privada no deberá considerar ese costo en su propuesta en el procedimiento de selección, mientras que los demás proponentes sí lo tendrán que hacer.

Además, también podría decirse que el sistema del reembolso podría convertirse en una burla a la obligación de seguir el procedimiento del concurso

51 Como bien se expresa en los considerandos del Decreto 4533 de 2008: "Que es intención del Gobierno Nacional promover la presentación de proyectos de iniciativa privada para la construcción, mantenimiento y operación de obras públicas por el sistema de concesión".

52 Algunos, por el contrario, consideran muy baja la remuneración que recibe el oferente de iniciativa privada en España, teniendo en cuenta el tiempo que se da desde el comienzo de los estudios hasta la adjudicación (en Colombia bien podrían ser dos años) y los riesgos que asume al someter su proyecto a un procedimiento de selección. Para ampliar sobre el punto: cfr. CASARES MARCOS. *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, cit., pp. 309 y ss.

de méritos para la celebración del contrato de consultoría que debería suscribir la entidad estatal concedente para efectos de que un particular realizara la planeación y los estudios previos para el procedimiento de selección. Además, el mecanismo de iniciativa privada podría convertirse en la posibilidad de la entidad estatal de recibir estudios previos de un contrato sin necesidad de realizar gasto alguno en el presupuesto por motivo de la realización de éstos, lo cual, en el fondo, se justifica si el adjudicatario es el oferente, puesto que la razón de la presentación de la oferta es que se celebre el mencionado contrato con el oferente, pero si el adjudicatario no es quien presentó la oferta no vemos motivo para que siga corriendo a cargo de un tercero que en nada se relaciona con el proyecto iniciativa privada, puesto que es un simple proponente que llega a un proceso de selección a competir en igualdad de condiciones.

Sobre el particular, consideramos que si bien puede llegar haber una violación al principio de igualdad entre los oferentes, no es cierto que se desconozca el deber de respetar los procedimientos de selección de contratistas, toda vez que se trata de una excepción legalmente consagrada, lo cual resulta ser absolutamente válido. Además, la supuesta vulneración a la igualdad también puede llegar a ser cuestionable, en la medida en que el oferente de iniciativa privada y los demás proponentes en el procedimiento de selección no están en igualdad de condiciones, por lo cual pueden recibir un trato desigual.

En conclusión, insistimos en que a pesar de las críticas que puedan formularse al mecanismo del reembolso de gastos, desde una perspectiva práctica y bajo la idea de fomentar las iniciativas privadas en materia de infraestructura pública, este mecanismo parece ser el menos lesivo de los derechos de los participantes en el procedimiento de selección distintos al oferente de iniciativa privada.

C. LA POSIBILIDAD DE VINCULAR CONTRATOS DE CONCESIÓN EXISTENTES AL PROYECTO DE INICIATIVA PRIVADA

Como ya lo mencionamos, el artículo 2.º del Decreto 4533 de 2008 trajo una innovación frente a la concepción de la iniciativa privada, en cuanto permite la vinculación de otras concesiones anteriormente otorgadas y que se encuentran vigentes, a aquella nueva que se pretenda que se otorgue siguiendo el mecanismo de la oferta de iniciativa privada.

En efecto, el inciso segundo del artículo 2.º del Decreto 4533 de 2008 describe la mencionada vinculación así: "Las ofertas de iniciativa privada podrán referirse a obras nuevas y vincular contratos de concesión en ejecución suscritos con un concesionario que sea integrante del oferente de iniciativa privada". De acuerdo con esta disposición, entonces, el oferente de iniciativa privada que desee vincular un contrato de concesión que se encuentre en ejecución podrá hacerlo siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

1. El oferente de iniciativa privada deberá ser la misma personal titular de la concesión existente al momento de presentación de la oferta o deberá formar parte del consorcio, unión temporal, promesa de sociedad futura o de la modalidad de asociación que se escoja para la iniciativa privada y para el desarrollo del proyecto.

2. En la oferta de iniciativa privada se deberá describir de manera detallada la forma en que se hará la vinculación del contrato de concesión vigente con el proyecto que se presenta a la entidad concedente, esto es, se deberá expresar la relación entre la concesión actual y la nueva concesión que se pretende que se otorgue y cómo la primera entrará a formar parte de la segunda.

3. Así mismo, dentro la oferta de iniciativa privada se deberá presentar una propuesta de valoración de la concesión vigente, ajustada a las condiciones contractuales y a las normas de valoración de activos, así como a los criterios de valoración económica establecidos por la entidad estatal concedente. Esta valoración se incorporará como parte de la propuesta económica de la oferta de iniciativa privada y dentro de la prefactibilidad financiera del proyecto. Ahora bien: debe anotarse que, en todo caso, la administración concedente, al momento de analizar la viabilidad del proyecto o de elaborar el pliego de condiciones, podrá revisar y ajustar la valoración en lo que considere pertinente, pero si dicho ajuste no satisface al actual concesionario, éste podrá manifestarlo así, de tal manera que sin su autorización no podrá vincularse la concesión existente al nuevo proyecto.

4. Al ofrecer la vinculación de un contrato de concesión vigente al proyecto de concesión que se propone, para evitar problemas jurídicos posteriores el oferente deberá asimismo acreditar que el representante del concesionario que ha decidido realizar dicha vinculación cuenta con las autorizaciones legales o estatutarias para vincular la concesión existente al proyecto de iniciativa privada. Al respecto, debemos anotar que este aspecto se refiere a la capacidad jurídica que tiene el concesionario para utilizar este tipo de mecanismos; por ejemplo, si el concesionario es una sociedad comercial dentro del objeto social debe encontrarse, directa o indirectamente, la posibilidad de realizar una vinculación y el representante legal deberá contar asimismo con facultades para el efecto o recibir autorización por parte de la asamblea de socios o de la junta directiva.

5. Así mismo, cuando se pretenda plantear la vinculación al nuevo proyecto de un contrato de concesión actualmente existente, a la oferta de iniciativa privada deberá adjuntarse la autorización del titular de la concesión antigua para la terminación por mutuo acuerdo o la cesión del contrato vigente a favor del adjudicatario, previo el pago del valor fijado en los pliegos de condiciones como indemnización o compensación por la finalización del vínculo jurídico existente. En este punto, consideramos que lo más práctico para cumplir con esta exigencia es que el representante legal del concesionario expida un documento, en nombre y representación de la sociedad concesionaria o de los

miembros del consorcio o unión temporal concesionario, en el que autorice expresamente la posibilidad de realizar la vinculación y en el que se manifieste que se hará la terminación de mutuo acuerdo o la cesión, obviamente sometido a la condición de que se pague el valor de la indemnización por la terminación anticipada del vínculo negocial.

6. Finalmente, el Decreto 4533 de 2008 exige que a la oferta de iniciativa privada se anexe una autorización para iniciar el procedimiento de selección, la cual si bien podría derivarse de los documentos mencionados anteriormente, constituye una exigencia expresa diferente que trae la norma reglamentaria, la cual deberá acreditarse mediante otro documento suscrito por el representante legal del concesionario en el cual expresamente se autorice la iniciación del procedimiento de licitación pública. Al respecto, consideramos que esa autorización puede someterse a condición, en el sentido de que se otorga la autorización siempre y cuando la valoración que en definitiva se haga de la concesión vigente satisfaga los intereses económicos del concesionario. Además, para iniciar el procedimiento de selección debe hacerse notar que no basta con la autorización del concesionario, sino que ésta debe estar complementada por la declaración de viabilidad expedida por la entidad estatal concedente, al evaluar en este aspecto los puntos anteriores, junto con la expedición del acto administrativo de apertura del respectivo procedimiento de selección.

Como ya lo expresamos, estas exigencias particulares para la vinculación de un contrato de concesión existente al nuevo proyecto serán evaluadas por la entidad estatal concedente al momento de evaluar la oferta de iniciativa privada, de tal manera que en caso de que todas ellas se encuentren de acuerdo con lo solicitado y el resto del proyecto de iniciativa privada cumpla con los requerimientos establecidos y se conveniente de acuerdo con el examen realizado por la administración, podrá declararse la viabilidad de la oferta de iniciativa privada.

Frente a este tema, debemos señalar que la vinculación de otras concesiones existentes al proyecto de iniciativa privada, en realidad, se convierte en una innovación. Se trata de un mecanismo que en verdad promueve el desarrollo de nueva infraestructura o del mejoramiento de la existente, como era la intención inicial del Gobierno al expedir el Decreto 4533 de 2008. En efecto, a través de este mecanismo de vinculación se dan incentivos a las ideas de un concesionario de ampliar su concesión para mejorar las condiciones en infraestructura de una zona mucho mayor, respetando los derechos de los terceros asimismo interesados en desarrollar proyectos de inversión.

Sin embargo, vemos con preocupación que este mecanismo legal pueda no tener una buena acogida en los actuales concesionarios, puesto que éstos podrían arriesgar el derecho adquirido a la ejecución del contrato, en la medida en que al vincularlo a un proyecto nuevo, la continuación en el ejercicio del derecho se somete a un albur al permitir que otro proponente en el procedi-

miento de selección demuestre mejores condiciones que quienes realizaron la oferta de iniciativa privada. No obstante, frente a esa preocupación consideramos que ese es el riesgo natural al que se debe someter quien pretende expandir su negocio, por lo tanto no puede ser motivo de inquietud, menos aún si se tiene en cuenta que el sistema prevé una indemnización para el caso en que el concesionario actual deje de serlo porque su propuesta no resulte siendo la más favorable a los intereses de la administración dentro del respectivo procedimiento de selección.

II. LA INICIATIVA PRIVADA EN OTROS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Una primera observación obvia que debe hacerse en esta materia consiste en que el desarrollo de la infraestructura pública en general no sólo se hace mediante contratos de concesión de obra pública, sino que otras tipologías contractuales, como los contratos de PPP (sigla en inglés de "*public-private partnership*"), BOMT (sigla en inglés de "*build, operate, maintain, transfer*"), BOOT (sigla en inglés de "*build, own, operate, transfer*") o, incluso, el tradicional contrato administrativo de obra, pueden ser útiles —o en ocasiones mejores— para obtener la misma finalidad.

No obstante la existencia de todas esas tipologías, lo cierto es que ellas en la práctica resultan un tanto asiladas en la medida en que se aplican a sectores muy específicos; y en la medida en que carecen de disciplina legal propia, la jurisprudencia arbitral ha ido extendiéndoles la aplicación de muchos principios propios del contrato de concesión⁵³ e incluso la doctrina ha aceptado que las diversas modalidades contractuales de financiación privada de infraestructura pública en el fondo y de una u otra manera hacen referencia a la técnica concesional⁵⁴.

Al respecto, en todo caso, debe tenerse en cuenta que la normatividad propia de la contratación estatal sólo consagra de manera específica la iniciativa privada en contratos de concesión de obra pública, por lo cual es necesario acudir a las normas generales sobre procedimientos administrativos para determinar el mecanismo que la ley ofrece para lograr esta iniciativa privada.

No obstante, antes de exponer, así sea someramente, el mecanismo previsto por la ley para que los particulares tengan la iniciativa en cuanto al proyecto que habrá de ser desarrollado mediante el contrato de concesión, debe recor-

53 Cfr. Tribunal de Arbitramento de *Empresa de Energía de Boyacá* contra *Compañía Eléctrica de Sochagota*. Laudo del 21 de octubre de 2004, en relación con un contrato BOMT, y Tribunal de Arbitramento de *Electrificadora del Tolima* contra *Sociedad Energética de Melgar*. Laudo del 29 de febrero de 2008, a propósito de un contrato BOOT.

54 Cfr. ALBERTO RUIZ OJEDA. *La concesión de obra pública*, cit., p. 41.

darse que en este estudio lo que buscamos analizar es precisamente aquellas situaciones en las cuales la titularidad de la gestión de la obra o servicio público es propia del Estado, o el bien sobre el cual recaen es de propiedad pública, en la medida en que respecto de los servicios públicos sometidos a liberalización la iniciativa privada no requiere más que el cumplimiento de las autorizaciones de policía fijadas por el ordenamiento jurídico, pero no es necesario contar con un acto de atribución, como lo es el negocio concesional⁵⁵.

Como lo ha dicho con claridad la doctrina,

Por la figura de las "iniciativas privadas", se reconoce a los integrantes de la comunidad, la facultad de participar en la labor de identificar y proponer al Estado ideas suficientemente estudiadas sobre infraestructura, servicios públicos o emprendimientos sobre recursos públicos, que siendo de interés empresarial del proponente, también pueden ser prioritarias para el interés público, entendiéndolas como proyectos socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas y lineamientos del Estado. El rasgo característico de estas iniciativas privadas, es que recayendo sobre activos (bienes o recursos) del Estado o actividades de titularidad pública, requieren de la conformidad estatal para su emprendimiento. A partir de esta nueva facultad se fomenta a los particulares para colaborar en la identificación de prioridades y en general, captar ideas innovadoras relacionadas con la explotación de un proyecto de inversión (obra pública o de un servicio público), la que, como todo emprendimiento empresarial, basan su desarrollo en la relación costo-beneficio⁵⁶.

Además, dentro de la figura de la iniciativa privada tampoco deben entrar a considerarse las peticiones de concesión que pueden hacer los particulares en relación con un bien o con un servicio público, como ocurre, por ejemplo, con las concesiones portuarias (cfr. artículo 9.º de la Ley 1.ª de 1991) o con las concesiones de telecomunicaciones (cfr. artículo 33 de la Ley 80 de 1993), en las cuales el contratista solicita el otorgamiento de una concesión para sí mismo y la administración se limita a definir si se otorga o no. En estos casos, no se trata de un nuevo proyecto de inversión en bienes o actividades de las cuales es titular la administración, sino de la autorización para la explotación de un bien o servicio público. En consecuencia, esta clase de mecanismos tampoco forma parte de la idea de iniciativa privada que pretendemos analizar en este estudio.

55 Cfr. MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA y JUAN VICENTE GARCÍA MIÑÓN. "De la concesión de servicio público a la autorización de los mercados regulados de servicio público", en *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, n.º 2-2007, Lima, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo y Grijey, 2007, pp. 233 y ss.

56 MORÓN URBINA. "La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: nueva perspectiva de la relación público-privada y la revisión de la noción de interés público", cit., p. 3.

Hecha esa claridad, debe tomarse en consideración que en el derecho administrativo colombiano, como lo expresamos atrás, los procedimientos administrativos generales se encuentran regulados en detalle en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, que los estructura en cuatro, a saber: derecho de petición en interés general, derecho de petición en interés particular, cumplimiento de un deber legal y actuación administrativa iniciada de oficio.

De los anteriores procedimientos, el único que realmente es útil para nuestros efectos es el derecho de petición en interés general. En efecto, no es posible aplicar la actuación administrativa iniciada de oficio porque dicho procedimiento riñe completamente con la idea de iniciativa privada, en la cual la idea de iniciar un procedimiento de selección viene de los particulares y no de la administración, es decir, necesariamente debe ser un procedimiento iniciado por la presentación de una solicitud de los particulares.

A su vez, tampoco es posible aplicar el procedimiento administrativo derivado del cumplimiento de un deber legal porque no existe deber en norma alguna para los ciudadanos de tener iniciativas en proyectos de infraestructura pública o de servicios públicos.

Finalmente, no es posible aplicar el procedimiento de derecho de petición en interés particular porque no se trata de la reclamación de un derecho subjetivo o de un interés jurídicamente protegido, en la medida en que la decisión de otorgamiento de una concesión es absolutamente discrecional por parte de la administración y no hace parte del haz de derechos e intereses protegidos que pueda tener un ciudadano o cualquier otra persona en relación con una obra, infraestructura o servicio público.

Nos queda, entonces, el derecho de petición en interés general como procedimiento útil para la iniciativa privada de contratos para el desarrollo de infraestructura pública, diferentes del contrato de concesión de obra pública. El derecho de petición en interés general y popular ha sido descrito por la doctrina, así:

La petición de carácter general se configura en los casos en que se le pida a las autoridades la adopción de determinadas medidas económicas, sociales o administrativas, o se les solicite actuar en uno u otro sentido, pero siempre con vistas a un pronunciamiento que afecte al conglomerado por igual. En opinión de Vidal Perdomo, se pretende “que se adopte por el Estado una política que se juzga de conveniencia nacional [...]”. Es decir, influir en los criterios con los cuales se toman las decisiones del Estado⁵⁷.

De acuerdo con el contenido del derecho de petición en interés general, es evidente que es este el mecanismo idóneo para solicitar a la administración la

57 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, cit., p. 200.

iniciación de un trámite de contratación para el desarrollo de un proyecto de infraestructura o de servicios públicos, toda vez que el otorgamiento de una concesión es una situación fundamentalmente de interés general, a pesar de los intereses subjetivos que puedan estar latentes en dicha solicitud.

Para dar cumplimiento a las reglas legales en esta materia, debe decirse que la petición que se formula ante la administración para que se inicie el procedimiento de selección del concesionario debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 5.º del Código Contencioso Administrativo y debe ser sometida al trámite señalado en ese mismo estatuto.

De acuerdo con lo anterior, la petición debe ser formulada a la entidad estatal encargada de ejecutar el proyecto de infraestructura o de servicios públicos cuyo desarrollo se propone, esto es, ante la entidad estatal que será la concedente. En la petición se deberá indicar con precisión que lo que se pretende es que se inicie un procedimiento de selección para la celebración de un tipo contractual específico cuyo objeto sea el desarrollo de un proyecto de infraestructura o de servicios públicos, como lo es el contrato de concesión o los contratos que tienen linderos no muy notorios con la modalidad mencionada.

Como anexo de la petición, debe entregarse el documento que contiene el proyecto de iniciativa privada, el cual deberá contener más o menos los mismos elementos que el proyecto explicado en el acápite anterior a propósito de las concesiones de obra pública. A pesar de que la exigencia mencionada no se encuentra contenida en norma alguna, se trata del cumplimiento de los requisitos razonablemente necesarios para que la administración pueda tomar la decisión de si acomete el proyecto o lo rechaza.

En materia de términos, según las reglas generales del Código Contencioso Administrativo, la administración cuenta con un término de veinte días hábiles para dar respuesta a la petición, respuesta que deberá comunicar al interesado. Frente a este término, dadas las enormes dificultades de diversa índole que puede plantear un proyecto tan complejo como lo es una concesión administrativa, consideramos que la administración podría tomar un mayor período para la adopción de su decisión; sin embargo, dicha conducta presenta el riesgo de que se tipifique una falta disciplinaria por el incumplimiento de los términos del derecho de petición.

Esta circunstancia recomienda la existencia de una norma legal o, al menos, reglamentaria que permita tener una certeza mayor en el trámite de las iniciativas privadas para concesiones administrativas distintas de las de obra pública, lo cual refleja, desde este punto de vista, la inminente necesidad de una ley de concesiones que tome en consideración las especialidades de este tipo contractual que impiden aplicar las reglas generales de la contratación administrativa, que parecen orientadas mucho más a la típica contratación de obras públicas y de prestación de servicios públicos, pero no satisfacen las necesidades especiales que puede tener la administración cuando de una concesión se trata.

De nuevo, en este sistema aparece una carga muy importante de discrecionalidad de la administración en la valoración del proyecto puesto a su consideración, de tal manera que la decisión que resuelva la petición en interés general deberá ser motivada y explicar por qué se inicia o no el procedimiento de selección del contratista, decisión que carece de recursos, de acuerdo con las reglas del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien: en caso de que la administración decida que el proyecto puesto a su consideración es razonable y ejecutable desde el punto de vista de la conveniencia y en las perspectivas jurídica, técnica, económica, financiera y ambiental, ella deberá dar inicio y tramitar hasta su culminación el respectivo procedimiento de selección de contratistas (licitación pública, selección abreviada o contratación directa), previa ejecución de la etapa de planeación del contrato.

De nuevo, en este mecanismo aparece la incertidumbre para el particular respecto de la protección jurídica de su inversión en la preparación del proyecto de infraestructura, puesto que, como lo señalamos atrás, en virtud del deber de selección objetiva puede existir una mejor propuesta que la suya que resulte ser la adjudicataria del procedimiento. Este aspecto refleja una vez más la imperiosa necesidad de que el país cuente con una ley de concesiones que regule de manera amplia y general todas estas vicisitudes que afectan a todos los contratos de concesión por igual.

En consecuencia, en relación con este mecanismo, a nuestro juicio hace falta una previsión legal que garantice algún tipo de compensación para el particular que presenta un proyecto de infraestructura a la administración y que no resulta favorecido dentro del procedimiento de selección, similar a la que existe en el Decreto 4533 de 2008 para las ofertas de iniciativa privada en los contratos de concesión de obra pública.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO COLOMER, FRANCISCO. "Actuaciones previas (arts. 22, 227 a 234, disposiciones adicionales 4.ª a 7.ª) y adjudicación del contrato (art. 235)", en AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ. *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública*, Madrid, Civitas, 2003.

CASARES MARCOS, ANABELÉN. *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Madrid, Montecorvo, 2007.

CHAPUS, RENÉ. *Droit administratif général*, t. 2, 15.ª ed., París, Montchrestien, 2001.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, "30.4.2004 COM (2004) 327 final", n.º 41.

- DOMÍNGUEZ OLIVERA, RAFAEL. "Las nuevas modalidades contractuales introducidas por la Ley (arts. 130 a 134 y 226)", en AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ. *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública*, Madrid, Civitas, 2003.
- EMBID IRUJO, ANTONIO y ELOY COLOM PIAZUELO. *Comentarios a la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Civitas, 1993.
- GOYCOCHEA, JUAN CARLOS. *Iniciativa privada. Concurso integral de proyectos*, Córdoba, Advocatus, 1999.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, FRANCISCO JAVIER. *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, Montecorvo, 1998.
- LAUBADÈRE ANDRÉ DE; JEAN CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET. *Traité de droit administratif*, t. 2, 9.ª ed., París, LGDJ, 1992.
- MARIENHOFF, MIGUEL S. *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, 4.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- MARTÍN TIRADO, RICHARD. "Las iniciativas privadas en el proceso de promoción de la inversión en el Perú", en *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, n.º 2-2007, Lima, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo y Grijey, 2007.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ LUIS. "Nuevo sistema conceptual", en GASPAR ARIÑO ORTIZ (coord.). *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 3, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid - Boletín Oficial del Estado, 1999.
- MENÉNDEZ, PABLO y RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO. "Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública", en AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ. *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública*, Madrid, Civitas, 2003.
- MERTEHIKIAN, EDUARDO. *La iniciativa privada en la concesión de obra y servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, 1992.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. "La generación por iniciativa privada de proyectos de inversión sobre recursos estatales: nueva perspectiva de la relación público-privada y la revisión de la noción de interés público", en *VIII Jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. "Las concesiones de infraestructura a iniciativa del inversionista", en *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, n.º 2-2007, Lima, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo y Grijey, 2007.

PALACIOS MEJÍA, HUGO. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999.

RUIZ OJEDA, ALBERTO. *La concesión de obra pública*, Madrid, Civitas, 2006.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Acto administrativo, 4.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4.ª ed., Montevideo, Barreiro y Ramos, 1974.

SENDÍN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL y JUAN VICENTE GARCÍA MIANJÓN. "De la concesión de servicio público a la autorización de los mercados regulados de servicio público", en *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, n.º 2-2007, Lima, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo y Grijey, 2007.

STIGLITZ, JOSEPH E. *La economía del sector público*, traducción de la 2.ª ed. estadounidense, Barcelona, Bosch, 1988.

VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho administrativo*, 12.ª ed., Bogotá, Legis, 2004.

VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS. "Las infraestructuras públicas", en GASPAR ARIÑO. *Principios de derecho público económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 12 de abril de 1999, expediente 11.344 (CP: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo de 2001, expediente 13.415 (CP: RICARDO HOYOS DUQUE).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2005, radicación 1.732 (CP: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, auto del 9 de marzo de 2009, expediente 2009-00012 (CP: WILLIAM ZAMBRANO CETINA).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1.º de junio de 2000, expedientes 12.038 y 14.092 (CP: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1998, expediente: 10.439 (CP: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2002, radicación 1429 (CP: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente 14.287 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001, expediente 12.037 (CP: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 11 de abril de 2002, expediente 12.294 (CP: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001 (MP: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ).

Tribunal de Arbitramento de *World Parking* contra *Instituto de Desarrollo Urbano*. Laudo del 25 de agosto de 2000.

Tribunal de Arbitramento de *Concesión Santa Marta Paraguachón* contra *Instituto Nacional de Vías*. Laudo del 24 de agosto de 2001.

Tribunal de Arbitramento de *Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S. A.* contra *Superintendencia General de Puertos*. Laudo del 9 de abril de 2003.

Tribunal de Arbitramento de *Empresa de Energía de Boyacá* contra *Compañía Eléctrica de Sochagota*. Laudo del 21 de octubre de 2004.

Tribunal de Arbitramento de *Sociedad de Apuestas Permanentes e Inversiones S. A.* contra *Lotería de Bogotá*. Laudo del 6 de diciembre de 2005.

Tribunal de Arbitramento de *Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil* contra *Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S. A. – CODAD*. Laudo del 21 de noviembre de 2006.

Tribunal de Arbitramento de *Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil* contra *Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado*. Laudo del 21 de noviembre de 2006.

Tribunal de Arbitramento de *Electrificadora del Tolima* contra *Sociedad Energética de Melgar*. Laudo del 29 de febrero de 2008.